UNIVERSITY
OF
TORONTO
LIBRARY

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/berjurainreundde00bche

Law
For.
B919

Ueber

JURA IN RE

und

deren Verpfändung.

Von

Dr. K. Büchel,

ordentlichem Profeſſor der Rechte zu Marburg.

Marburg und Leipzig.

Jetziger Verlag

der Elwert'ſchen Univerſitäts-Buchhandlung.

Früher bei Chriſtian Garthe.

1834.

30832
30/11/93

BIBLIOTHECA OLDENBURGENSIS

Vorwort.

Bei dem Streben, die Natur des Pfandrechtes gegen die übrigen ſ. g. Sachenrechte genauer zu beſtimmen, mußte der Verfaſſer nothwendig auch über das Weſen der **jura in re** überhaupt und deren gegenſeitiges Verhältniß zu einander mit ſich in's Reine zu kommen ſuchen, und zwar um ſo mehr, als ihm ſonſt eine richtige Beſtimmung der durch die Verpfändung ſolcher Rechte begründeten Wirkungen unmöglich ſchien. Wenn er nun in Folgendem die Reſultate ſeines Nachdenkens über dieſe, bekanntlich ſehr ſubtilen, Fragen dem juriſtiſchen Publikum zur Prüfung vorlegt, ſo hofft er wenigſtens, ſelbſt da, wo er von den bisher gangbaren Anſichten mehr oder weniger abweicht, nicht den Vorwurf zu verdienen, daß er, von einer einſeitigen Idee ausgehend, ohne die nöthige Umſicht gearbeitet habe. Bedauern muß er hierbei nur, daß ihm eine Beurtheilung ſeiner im vorigen Jahre erſchienenen Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes bis jetzt noch nicht zu Geſicht gekommen

iſt, ſo wie daß er das zweite Heft der Erläuterungen zu von Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, von Herrn Profeſſor Fritz in Freiburg, welches ſich gerade über die dinglichen Rechte verbreitet, erſt erhielt, als die vorliegende Abhandlung ſchon über die Hälfte gedruckt war. Indeſſen enthalten dieſelben über die Natur der einzelnen jura in re und deren Verhältniß zu einander keine beſondere Ausführung, folgen vielmehr ſtillſchweigend der gewöhnlichen Theorie. Namentlich nimmt auch Herr Prof. Fritz S. 403 und 411 eine Erſitzung der Emphyteuſe und Superficies, jedoch nur durch 30 oder 40 Jahre hindurch fortgeſetzten Beſitz, an.

Die von Roßhirt in dem dritten Hefte ſeiner Zeitſchrift für Civil- und Kriminalrecht in Beziehung auf die Abhandlung des Verfaſſers über die Wirkung der Klagenverjährung gemachten Bemerkungen, ſind in einem Anhange berückſichtigt worden, und die, in der Vorrede zu der Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes neben der vorliegenden Ausführung verſprochene, Erörterung über die Verpfändung für eine nicht vollgiltige obligatio wird thunlichſt bald nachfolgen.

Marburg, im April 1834.

Dr. Büchel.

Ueber jura in re und deren Verpfändung.

Die Verpfändung von Seite deſſen, dem nur ein Recht an einer fremden Sache (jus in re aliena) zuſteht, gehört nicht nur zu den feinſten und ſchwierigſten Lehren des Privatrechts, ſondern auch zu den beſtrittenſten, wie auf der einen Seite ſchon die neueren Beſtrebungen [1]), richtigere und klarere Begriffe über dieſen Rechtstheil zu verbreiten, hinlänglich zeigen, auf der andern Seite aber auch daraus nothwendig folgt, daß man über die verſchiedene Natur der einzelnen Rechte an fremder Sache noch nicht im Reinen iſt, und daher auch über ſolche Fragen, welche, wie die hier vorliegende, gerade beſtimmte und feſte Abſcheidung der einzelnen jura in re nach ihrer inneren Natur abſolut vorausſetzen, unmöglich übereinſtimmende Anſichten erwarten kann. Gerade der letztere Umſtand ſcheint aber auch jedem Verſuche, die Wirkungen der Verpfändung von Seite des an einer fremden Sache Berechtigten, ſo lange die innere Natur der einzelnen jura in re noch nicht feſtgeſtellt iſt, beſtimmen zu wollen, ſchon a priori das Urtheil der Unzeitigkeit ſprechen zu müſſen, und ſonach dürfte auch die vorliegende Abhandlung, wollte der Verfaſſer ſich lediglich an die Verpfändung der jura in re halten, einem ſolchen Vorwurfe nicht entgehen; da indeſſen derſelbe die ihm drohende Gefahr kennt, ſo hält er es für nöthig, über die verſchiedene Natur der einzelnen jura in re erſt einige allgemeine Bemerkungen vorauszuſenden.

1) Geſterding, Pfandrecht. 2te Aufl. §. 7. S. 67 — 82, insbeſondere aber Hepp im Archiv. Bd. XIII. Heft 3. Nro. XVIII. S. 343 — 380. Bd. XV. Heft 1. Nro. IV. S. 79 — 88.

Bekanntlich hat man ſeit den Gloſſatoren ſämmtliche Rechte in objektiver Beziehung eingetheilt in *jura in re* (ſ. g. dingliche Rechte) und in *obligationes* (Forderungsrechte), und begreift unter jenen alle Rechte, die nicht bloſe perſönliche [1]) Forderungsrechte ſind, mithin ſowohl die ſ. g. dinglichen Sachenrechte, als auch die ſ. g. dinglich-perſönlichen Rechte [2]); eine Eintheilung, die ſich zwar im Römiſchen Rechte ſelbſt nicht findet, aber doch durch die im Römiſchen Rechte vorkommende Eintheilung der Klagen, in actiones in rem und in personam, veranlaßt worden iſt, indem die Gloſſatoren da, wo im Römiſchen Rechte eine actio in rem aus einem Rechtsverhältniſſe gegeben wird, auch das dieſer Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältniß ſelbſt ein jus in re nannten, wonach man conſequent auch die jura status zu den jura in re zählen mußte, weil nach Juſtinian's Ausſpruch in den Inſtitutionen [3]) auch die auf Anerkennung des status gerichteten Rechtsmittel, als Klagen betrachtet, eher den actiones in rem, als den in personam angehören [4]). — Dieſe weiteſte

1) Den Zuſatz „perſönliche" halte ich deshalb für nöthig, weil zu den obligationes auch das Pfandrecht ſeiner inneren Natur nach gehört, vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechts, Marburg 1833, und unten S. 16. — während daſſelbe bei der obigen Eintheilung unter die jura in re und zwar unter die dinglichen Sachenrechte fällt.

2) Vergl. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts. Bd. I. §. 32. und die daſelbſt angeführten Schriftſteller. Ueber den Werth dieſer Eintheilung ſelbſt kann hier keine genauere Unterſuchung angeſtellt werden. Eine andere, meiner Anſicht nach der Natur der Rechte mehr entſprechende Eintheilung, habe ich in meiner angeführten Abhandlung Nro. III. S. 24 — 26, vergl. mit Nro. IX. S. 97 — 99. aufzuſtellen verſucht.

3) §. 13. J. de act. (4. 6.) *Praejudiciales actiones in rem esse videntur;* quales sunt, per quas quaeritur an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.

4) Vergl. meine angeführte Abhandlung S. 102 — 103, und fr. 37. pr. de O. et A. (44. 7.) *Ulpianus libro IV. ad edictum praetoris.* Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa,

Bedeutung der jura in re berührt uns hier nicht weiter. — In einem engeren Sinne verſteht man dagegen unter jura in re die ſ. g. dinglichen Sachenrechte, nämlich Eigenthum, Servitut, Emphyteuſe, Superficies und Pfandrecht [1]), und in einem noch engeren Sinne blos die ſ. g. jura in re aliena, alſo die vier letzten der eben genannten Rechte. Gerade dieſe ſind es nun, deren Verpfändung den eigentlichen Gegenſtand der vorliegenden Abhandlung ausmacht, und mit deren gegenſeitigem Verhältniſſe wir uns eben deshalb noch vorerſt etwas genauer beſchäftigen müſſen.

Das Gemeinſchaftliche aller dieſer Rechte beſteht zunächſt darin, daß ſie eine fremde, und zwar eine körperliche [2]) Sache vorausſetzen, in Beziehung auf welche der Berechtigte in einem unmittelbaren, d. h. nach der Beſtellung von dem Beſtellenden unabhängigen Rechtsverhältniſſe ſteht, und insofern kann man ſagen, daß alle dieſe Rechte ſich als Beſchränkungen des Eigenthums darſtellten [3]), ohne daß man ſich jedoch dadurch

---

utilis, *praejudicium*, sicut ait *Pomponius*, stipulationes etiam quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur.

1) Das Erbrecht wird hier deshalb nicht unter den jura in re als dinglichen Sachenrechten aufgeführt, weil der Erbe gar nicht aus dem ihm an einer Sache zuſtehenden Rechte klagt, ſondern nur behauptet, daß er Erbe ſey, und daß ihm daher das, was der Gegner ſelbſt als Erbe in Händen hat, wohin alſo nicht blos Sachen, ſondern Alles was als Objekt der Erbſchaft erſcheint, gehören, herausgegeben werden müſſe. Vergl. auch F. J. Stahl, die Philoſophie des Rechtes. Bd. II. Abth. 1. Heidelberg 1833. S. 260 — 261.

2) Rückſichtlich des Pfandrechtes muß hier jedoch bemerkt werden, daß dies nicht wie die übrigen dinglichen Rechte nothwendig eine körperliche Sache vorausſetzt, ſondern auch an einer unkörperlichen Sache, namentlich an Servituten und Forderungsrechten, beſtellt werden kann.

3) Schweppe, das Röm. Privatrecht in ſeiner heutigen Anwendung. 4te Aufl. Bd. II. Göttingen 1828. §. 279. Thibaut,

verleiten laſſen darf, anzunehmen, daß dieſe Rechte als Beſchränkungen des Eigenthums ſich etwa nur nach dem äußern Umfange der Beſchränkung von einander unterſchieden, vielmehr muß man ſich ſogleich auch erinnern, daß dieſe Beſchränkungen insbeſondere auch nach ihrer inneren Natur und Bedeutung von einander abweichen, und daß gerade die letztere Beziehung, wie ſich unten zeigen wird, ſie weſentlich ſcheidet. Insbeſondere muß hier gegen die jetzt gewöhnliche Annahme, daß die ſämmtlichen jura in re ſich als aus dem Eigenthum abgelöſ'te Beſtandtheile darſtellten, gewarnt werden [1]; denn dies iſt eigentlich nur bei der Servitut, nicht aber bei den ſonſtigen dinglichen Rechten, der Fall, wie wir für das Pfandrecht ſchon nachgewieſen haben [2], und für die Emphyteuſe und Superficies noch unten nachzuweiſen gedenken. Ueberhaupt ſcheint es uns, daß man in neuerer Zeit in der Lehre von den jura in re zu viel Gewicht auf die Analogie der Servitut gelegt habe, und gerade hierdurch abgehalten worden ſey, die innere Verſchiedenheit der einzelnen dinglichen Rechte genauer zu erkennen; während man freilich auf der andern Seite auch wieder Rechtsſätze blos bei den Servituten und als dieſen eigenthümlich aufgeſtellt findet, die doch von allen dinglichen Rechten gelten, wie namentlich den Satz: „servitus in faciendo consistere nequit“ [3]; denn dieſer Satz iſt gar nicht ein auf die Servituten beſchränkter,

---

Syſtem. Bd. II. §. 626. W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen der Land-Eigenthümer. Gießen 1833. §. 66.

1) Mackeldey, Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 10te Aufl. Gießen 1833. Bd. II. §. 209. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 4te Aufl. Bd. I. München 1831. §. 115. v. Buchholtz, Verſuche. Nro. 14. Puchta, im Rhein. Muſeum. Bd. I. Heft 4. S. 287.

2) Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechts, insbeſondere Nro. VII. S. 81 — 84. Vergl. unten S. 14 u. folg.

3) v. Wening-Ingenheim, Civilrecht. Bd. I. §. 143. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 276. Note c. und die daſelbſt angeführten Schriftſteller.

obgleich die Römiſchen Juriſten ihn nur bei dieſen als den urſprünglichen und im Civilrechte allein begründeten jura in re hervorheben [1]), wozu ſie vielleicht noch insbeſondere durch die Verwandtſchaft der Servituten mit der Sklaverei veranlaßt wurden, indem ſie ſo den Gegenſatz zwiſchen der servitus als einem jus in re und der servitus als der Gewalt des Herrn über den Sklaven um ſo ſchärfer hervorheben wollten [2]); vielmehr gilt dieſer Satz bei allen dinglichen Sachenrechten in gleicher Weiſe [3]); denn derjenige, welcher in einem unmittelbaren, mithin von jedem Dritten unabhängigen Rechtsverhältniſſe zu einer Sache zu ſtehen, alſo an einer Sache berechtigt zu ſeyn behauptet, nimmt ja inſofern nicht die Thätigkeit einer Perſon in Anſpruch, wie er dies nothwendig müßte, wollte man annehmen, daß ein jus in re in faciendo beſtehen könne. Auch findet ſich bei keinem der übrigen jura in re Veranlaſſung dazu, jenen Satz als eine Eigenthümlichkeit der Servituten darzuſtellen; denn daraus, daß bei dem Pfandrechte der Schuldner zur Zahlung der Pfandſchuld gehalten iſt, und daß das Pfandrecht in der Regel nur durch Befriedigung des Gläubigers erliſcht [4]), wird man nicht etwa ableiten wollen, das Pfandrecht beſtehe in faciendo;

---

1) fr. 15. §. 1. de servitut. (8. 1.) *Pomponius* libro XXXIII. ad Sabinum. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. cf. fr. 6. §. 2. si servitus vind. (8. 5.) fr. 81. §. 1. de contrah. emt. (18. 1.)

2) Deshalb ſagt Labeo, ſelbſt von der servitus oneris ferendi: *hanc servitutem non hominem debere sed rem.* fr. 6. §. 2. Si servit. (8. 5.)

3) v. Buchholtz, Verſuche. Nro. 14. S. 164. Ziffer 2.

4) fr. 13. §. 4. de pignorib. (20. 1.) c. 8. C. eod. (8. 14.) c. un. C. etiam ob chirograph. pec. (8. 7.). Vergl. auch meine Abhandlung über die Wirkung der Klagenverjährung. Marb. 1832. S. 49 u. folg. und über die Natur des Pfandrechts S. 43. u. S. 89 – 91.

denn die obligatio personalis des Schuldners iſt ja von der obligatio rei ganz verſchieden [1]), wie denn auch die Pfandklage unmittelbar gar nicht auf Bezahlung der Pfandſchuld, ſondern vielmehr nur auf Herausgabe der verpfändeten Sache gerichtet iſt [2]), von welcher letzteren ſich jedoch der Verpfänder und auch der dritte Beſitzer durch Zahlung der Pfandſchuld befreien, und dadurch die Auflöſung des Pfandnexus überhaupt herbeiführen kann [3]). Daß aber der Eigenthümer bei der Emphyteuſe und Superficies nicht zu poſitiver Thätigkeit gegen den Emphyteuta oder Superficiar gehalten ſey, wird, ſo verſchieden man auch über die innere Natur dieſer Rechte denken mag, allgemein zugegeben werden, und ſo muß dann jener Satz da, wo im Syſteme von den bei den jura in re überhaupt geltenden Grundſätzen gehandelt wird, aufgeführt werden. Um jedoch unnöthige Wiederholungen zu vermeiden, wollen wir zunächſt die einzelnen jura in re nach ihrer eigenthümlichen Natur darzuſtellen verſuchen, wobei es jedoch für den Zweck der gegenwärtigen Unterſuchung genügen wird, das Weſentlichſte berührt zu haben.

Was demnach

I. die *servitus* betrifft, ſo ſind, obgleich über deren innere Natur und ihr Verhältniß zum Eigenthum am wenigſten Streit

---

1) Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. IV.

2) c. 2. C. si unus et plurib. heredib. credit. (8. 32.) *Cum pignoris vindicatio non personam obliget sed rem sequatur.* Vgl. Glück, Comment. Bd. XVIII. §. 1083. S. 333 u. fg. Geſterding, Pfandrecht. 2te Aufl. §. 48. Schweppe, Röm. Privatrecht. 4te Aufl. Bd. II. §. 356. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 182. Note z. Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 664. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 325a. Note d.

3) fr. 12. §. 1. quib. mod. pignus. (20. 6.) *Paulus* libro V. responsorum. Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet: neque enim debet quaeri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur, soluto pignore. cf. fr. 16. §. 3. de pign. (20. 1.) c. 19. C. de usuris. (4. 32.) und die in der vorigen Note angeführten Schriftſteller.

herrſcht, da gerade in dieſer Lehre unſere Quellen am vollſtändigſten, namentlich vollſtändiger ſind, als über die Emphyteuſe und Superficies, unſere Rechtlehrer doch ſchon über den Begriff derſelben, im Gegenſatze zu den übrigen dinglichen Rechten, nicht einverſtanden [1]; ja von Buchholtz verzweifelt ganz an der Möglichkeit eines genauen poſitiven Begriffes der Servitut, und will demnach denſelben nur negativ dahin faſſen, daß alle jura in re, welche nicht Emphyteuſe, Superficies oder Pfandrecht hießen, Servituten ſeyen [2]. Es wäre jedoch jedenfalls auffallend, wenn ſich ein poſitiver Begriff des älteſten und beſtimmteſten Rechtes an fremder Sache nicht aufſtellen ließe; auch ſcheint es uns, daß der von unſeren Rechtslehrern gewöhnlich aufgeſtellte Begriff der Servitut dem Weſen derſelben beſſer entſpreche, als die von den übrigen dinglichen Rechten gegebenen Definitionen dem Weſen der letzteren, was eben wieder eine Folge des Uebertragens der von der Servitut eigentlich ausſchließlich geltenden Grundſätze auf die übrigen dinglichen Rechte an fremder Sache iſt.

Die Servitut enthält zunächſt beſtimmte, aus dem Umfange des Eigenthums wirklich abgelöſ'te [3]) und dem Servitut-Berechtigten eigenthümlich und ſelbſtſtändig, d. h. dem Rechte nach ſo wie ſie im Umfange des Eigenthums enthalten waren, jedoch in Folge der Ausſcheidung dem Servitut-Berechtigten als eigenes und unabhängig vom Eigenthümer zuſtehendes Recht, eingeräumte Befugniſſe [4]), ſo daß, ſo weit

---

1) Ueber die von unſeren Rechtslehrern aufgeſtellten Definitionen der Servitut vergl. man von Buchholtz, Verſuche. Nro. 14.

2) A. a. O. S. 161 — 163.

3) Was von Buchholtz a. a. O. S. 158. hiergegen erinnert, daß nämlich alle jura in re (aliena) ſich als aus dem Eigenthume abgelöſ'te Beſtandtheile darſtellten, wird hoffentlich durch die unten folgenden Bemerkungen über Pfandrecht, Emphyteuſe und Superficies beſeitigt werden.

4) §. 1. J. de usufr. (2. 4.) *Usus fructus a proprietate separationem recipit.* cf. fr. 5. pr. si ususfr. pet. (7. 6.) Guyet, Abhandlungen. Nro. I. S. 6. und meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. VII.

dieſe Befugniſſe reichen, dem Rechte nach weniger im Eigenthum enthalten iſt, die Servitut alſo auf der einen Seite eine wirkliche deminutio dominii, auf der andern, wenigſtens ſo weit von Prädial-Servituten die Rede iſt, ein augmentum dominii bildet [1]). Es iſt demnach die servitus zwar ein *jus in corpore*, inſofern nämlich die dem Servitut-Berechtigten zuſtehenden Befugniſſe nur in Beziehung auf eine körperliche Sache vorkommen können; ſie iſt alſo ein Recht an einer Sache, ſie ergreift und durchdringt aber nicht, wie das Eigenthum, die Sache ſelbſt; ſie iſt demnach kein corpus und auch keine pars corporis [2]), vielmehr iſt das Eigenthum rückſichtlich jenes Gegenſtandes ganz unbeſchränkt, und nur inſofern zeigt ſich eine Beſchränkung, als der Eigenthümer die Befugniſſe, welche die Servitut bilden, rechtlich nicht mehr hat. Am deutlichſten findet ſich in den Quellen dieſer Geſichtspunkt bei dem Uſusfrukt, als der dem Umfange nach umfaſſendſten Servitut, ausgeſprochen. So lange nämlich der Uſusfrukt noch mit dem Eigenthum verbunden iſt (ſ. g. ususfructus conjunctus, auch causalis), kömmt er als Beſtandtheil (pars) des Eigenthums in Betracht:

Paulus libro II. ad edictum.

Ususfructus in multis casibus pars dominii est ... [3])

und daher iſt derjenige, der ſich erſt den Uſusfrukt an einem Grundſtücke und dann das Grundſtück ſelbſt verſprechen läßt, dem ähnlich, der ſich erſt einen Theil eines Grundſtückes und dann das ganze verſprechen läßt.

---

1) fr. 5. §. 9. de operis novi nunciat. (39. 1.) *Ulpianus* lib. LII. ad edictum . . . . posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit ... Guyet a. a. O. S. 8.

2) fr. 4. si servit. (8. 5.) *Ulpianus* libro XVII. ad edictum. *Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi* habet. cf. fr. 2. de usufr. (7. 1.)

3) fr. 4. de usufr. (7. 1.)

Julianus libro LIV. digestorum.

Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, *similis* est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur. Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum, similis est ei qui totum stipulatur deinde partem. [1])

womit auch Papinian übereinſtimmt:

Papinianus libro VII. responsorum.

Dominus herede fructuario scripto fundum sub conditione legavit; voluntatis ratio non patitur ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam *fructus portionis instar* obtinet. [2])

allein es bildet doch der Uſusfrukt nicht einen Theil des Eigenthums in dem Sinne, daß mit deſſen Abſonderung aus dem Eigenthume (ususfructus separatus, auch formalis) nun das Eigenthum rückſichtlich ſeines körperlichen Umfanges verringert wäre:

Paulus libro XXI. ad edictum.

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cujus ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dicitur totum meum esse, cujus non potest ulla pars alterius esse; hoc et *Julianus*, et est verius. [3])

vielmehr beſteht der Uſusfrukt ſowie jede andere Servitut immer nur *in jure*, d. h. ſie enthält immer nur aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums abgelöſ'te Befugniſſe [4]). Betrachtet man nun die Servitut in Beziehung auf die res serviens, ſo iſt ſie ein *jus in re*; betrachtet man ſie aber

1) fr. 58. de V. O. (45. 1.)

2) fr. 76. §. 2. de leg. 2.

3) fr. 25. de V. S. (50. 16.)

4) §. 2. J. de reb. incorporal. (2. 2.)

ihrem nächſten Gegenſtande nach, ſo bilden dieſen die aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchiedenen und dem Servitut-Berechtigten als ſelbſtſtändiges Recht eingeräumten intellektuellen Eigenthums-Befugniſſe, und in dieſer Beziehung wird die Servitut im Römiſchen Rechte, da die dieſelben bildenden Befugniſſe dem Berechtigten als eigenes Recht zuſtehen, quasi oder auch juris dominium genannt [1]), und die Ausübung derſelben erſcheint eben deshalb als quasi oder juris possessio [2]), und die Klage, womit der Servitut-Berechtigte die Servitut als ſelbſtſtändiges Recht in Anſpruch nimmt, heißt juris vindicatio [3]), obgleich ſie, inſofern als dieſes Recht doch immer nur an einer körperlichen Sache Statt finden kann, eine wirkliche in rem actio iſt [4]). Auf dieſe Weiſe

---

1) fr. 3. si ususfr. pet. (7. 6) fr. 8. pr. de reb. auct. jud. (42. 5.) fr. 15. §. 8. quod vi. (43. 24.) fr. 2. §. 2. de interd. (43. 1.) fr. 22. pr. de aqua. (39. 3.) Du Roi, Archiv. Bd. VI. S. 279. Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechts. S. 48.

2) *Gajus* IV. §. 139. pr. J. de interd. (4. 15.) fr. 10. pr. si servit. (8. 5.) fr. 3. §. 17. de vi. (43. 16.) fr. 2. §. 3. de precario. (43. 26.) fr. 23. §. 2. ex quib. causis (4. 6.). Vergl. Du Roi a. a. O. S. 281. und über die verſchiedene Beziehung der Ausdrücke quasi und juris possessio meine Abhandl. a. a. O. Note 12.

3) *Fr. Vat.* §. 92. *Ulpianus* libro IV. de interdictis. Sicut *corpora vindicanti ita et jus*, satisdari oportet. cf. fr. 5. §. 1 u. 2. si ususfr. pet. (7. 6.) fr. 2. pr. u. §. 1. si servit. vind. (8. 5.)

4) Wir können nämlich die Anſicht Du Roi's a. a. O., daß die *vindicatio servitutis* eine *actio in rem incorporalem* ſey, nicht billigen, ſondern halten dieſelbe wie jede andere actio in rem für eine actio in rem *corporalem*. So lange nämlich das alte Vindikations-Verfahren im Gebrauche war, mußte ſtets entweder die Sache ſelbſt, oder doch ein Theil derſelben mit vor den Prätor gebracht werden, wo dann die vindicatio auf dieſen Theil quasi in totam rem praesentem vorgenommen wurde. *Gajus* IV. §. 17. Daſſelbe Verfahren mußte nun eintreten bei der Servituten-Klage, mithin wurde auch hier die res serviens oder ein Theil derſelben vor den Prätor gebracht, und nun nahm der Servitut-Berechtigte die Servitut mit Beobachtung der vor-

hebt ſich der Streit zwiſchen Du Roi [1]) und Puchta [2]); denn Letzterer, die Servitut blos in ihrem Verhältniſſe zur dienenden Sache, alſo als jus in re betrachtend, verkennt zugleich das Wahre der Anſicht Du Roi's, und dieſer, die Servitut nur für ſich als aus dem Eigenthume ausgeſchiedenes

Gajus IV. 16. angegebenen Feierlichkeiten, und zwar wohl mit den Worten in Anſpruch: ajo jus mihi esse *hac re* utendi fruendi, oder *in hoc fundo* eundi agendi u. ſ. f., und klagte der Eigenthümer der dienenden Sache mit der negatoria, ſo konnte die Formel wieder nicht, wie Du Roi will, lauten: usumfructum meum esse ajo, weil eben Niemand an eigener Sache eine Servitut haben kann, ſondern ſie mußte wohl ſo gefaßt ſeyn: ajo adversario jus non esse *hac re* utendi fruendi u. ſ. f. Weil alſo hier immer die körperliche Sache ſelbſt von dem Vindikanten ergriffen und ihr die festuca imponirt wurde, ſo nannte man die Klagen, bei welchen dies eintrat, actiones in rem, weßhalb dann auch die hereditatis petitio zu den actiones in rem gezählt wurde. Die actio in rem war aber, je nachdem man die Sache ſelbſt oder nur ein jus an derſelben in Anſpruch nahm, entweder eine *rei* oder eine *juris vindicatio*, welche dann wieder entweder directae oder fictitiae, oder utiles waren. Daß rei vindicatio der techniſche Ausdruck für die Klage, womit man die Sache ſelbſt, alſo in ihrem urſprünglichen Umfange als Eigenthümer, in Anſpruch nahm, war, dafür können außer den Stellen, welche Du Roi aus den Inſtitutionen und Pandekten angeführt hat: §. 3. J. de emt. et vend. (3. 24.) §. 19. J. de obl. quae et delict. (4. 1.) Tit. D. de *rei* vindicatione. (6. 1.) fr. 7. eod. fr. 7. §. 8. de Publiciana act. (6. 2.) fr. 2. de tigno juncto (47. 3.) fr. 1. fin. reg. (10. 1.) fr. 1. §. 17. si is qui testam. liber (47. 4.), vergl. mit fr. 16. de servit. (8. 1.) und Fr. Vat. §. 92, noch aus dem Codex folgende Stellen angeführt werden: Tit. C. de *rei* vindicatione. (3. 32.) c. 8. C. depositi. (4. 34.) c. 10. C. de rescind. vend. (4. 44.) c. 3 u. 4. C. de pactis inter emt. et vend. (4. 54.) c. 12. C. de furtis (6. 2.). Außerdem findet ſich in c. 28. C. de transact. (2. 4.) der Ausdruck: rerum vindicatio; in const. 1. C. depositi (4. 34.): in rem vindicatio; in c. 3. C. rer. amot. (5. 21.): dominii vindicatio.

1) Archiv. Bd. VI. Nro. 14.

2) Rheiniſches Muſeum. Bd. I. S. 286 — 315.

ſelbſtſtändiges Recht behandelnd, wo dieſelbe allerdings als quasi oder juris dominium erſcheint, verkennt daneben ihre Eigenſchaft als jus in re, alſo ihr ſtetes Bedingtſeyn durch den Beſtand der dienenden Sache.

Gerade in dem bisher Bemerkten zeigt ſich der innere eigenthümliche Charakter der Servitut. Es findet ſich aber bei derſelben noch eine andere Eigenthümlichkeit, nämlich die, daß ſie, wenigſtens dem Rechte nach, niemals auf einen Andern übertragen werden kann [1]. Zwar hat von Buchholtz dieſe Eigenthümlichkeit der Servitut insbeſondere deshalb in Abrede geſtellt, weil, wenn der Eigenthümer einer Sache an derſelben eine servitus, namentlich eine servitus praedii rustici pfandweiſe beſtellt, der Pfandgläubiger die Servitut ſoll veräußern können [2]; allein es wird ſich unten zeigen, daß hierdurch jene Eigenthümlichkeit der Servitut gar nicht verletzt wird, und daß von Buchholtz zu dieſem Einwurfe nur durch Uebereilung veranlaßt worden ſeyn könne. Aus dieſer Eigenthümlichkeit erklärt ſich dann auch noch ein anderer, von den Römiſchen Juriſten bei den Servituten aufgeſtellter Satz, nämlich der, daß an einer Servitut nicht wieder eine Servitut beſtellt werden könne: servitus servitutis non datur [3]; denn dasjenige Recht, welches nicht ganz auf einen Andern übertragen werden kann, kann es auch nicht theilweiſe; nun

1) *Gajus* II. §. 30. §. 3. J. de usufr. (2. 4.) fr. 66. de jure dot. (23. 3.) fr. 15. fam. hercisc. (10. 2.) fr. 37. de serv. praed. rust. (8. 3.) fr. 16. de servit. (8. 1.) fr. 44. locati. (19. 2.) Schrader, Civil. Abhandl. Abtheil. II. Nro. V. S. 285. v. Löhr, Magazin. Bd. III. Nro. XVI. S. 486 — 489. von Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 281.

2) Verſuche. Nro. XIV. S. 159 — 161.

3) fr. 24 u. 33. §. 1. de servit. praed. rust. (8. 3.) fr. 1. de usu et usufructu legato. (33. 2.) fr. 1. §. 16. de aqua quot et aest. (43. 20.) Thibaut, Verſuche. Nro. I. S. 9. Schrader a. a. O. §. 7. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 142. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 276.

würde aber darin, daß der Servitut-Berechtigte an ſeiner Servitut wieder eine Servitut beſtellte, eine theilweiſe Veräußerung der ſeine Servitut bildenden Befugniſſe, und zwar eine dem Rechte nach Statt findende Veräußerung enthalten ſeyn, was eben der Natur der Servitut widerſpricht [1]). Da

1) Schrader a. a. O. will dieſe Eigenthümlichkeit aus der urſprünglichen Verhaßtheit der Servituten als Beſchränkungen der Freiheit des Eigenthums erklären; allein dieſer Grund würde nur etwa die Unveräußerlichkeit erklären, und die Unmöglichkeit der Beſtellung einer Servitut von Seite des Servitut-Berechtigten wäre dann doch nur eine conſequente Folgerung aus der Unveräußerlichkeit. Andere Rechtslehrer leiten jenen Satz daraus ab, daß die Servitut nur eine Beſchränkung des Eigenthums ſey, mithin nur an einer körperlichen Sache, nicht aber an einer Servitut, beſtellt werden könne, weil ſie dann nicht mehr eine Beſchränkung des Eigenthums, ſondern der Servitut ſeyn würde; vergl. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 276; allein dieſe Argumentation dreht ſich jedenfalls im Cirkel, da die Frage: warum eine Servitut nicht auch an einer Servitut beſtellt werden könne, damit beantwortet wird, daß ſie nur am Eigenthume Statt finden könne; ſodann iſt aber dabei auch überſehen, daß, könnte der Servitut-Berechtigte eine Servitut beſtellen, die von ihm beſtellte Servitut nicht an ſeiner Servitut, ſondern immer nur an der körperlichen Sache Statt finden würde; denn da die Servitut ſelbſt nur an der körperlichen Sache zuſteht, ſo würden die Befugniſſe, welche der Servitut-Berechtigte aus dem Umfange ſeines Rechtes abgelöſ't hätte, dem jetzt Berechtigten, eben ſo wie vor der Ablöſung ihm ſelbſt, doch wieder nur an der körperlichen Sache zuſtehen. Nur die Unveräußerlichkeit der Servitut iſt alſo der Grund des Satzes: servitus servitutis non datur, in dem Sinne: daß der Servitut-Berechtigte nicht wieder eine Servitut beſtellen könne, wie dies am deutlichſten daraus erhellet, daß jener Satz in dem Sinne: daß eine servitus nicht ſelbſt wieder Objekt einer servitus ſeyn könne, auch dann wahr wäre, wenn der Servitut-Berechtigte ſelbſt wieder eine Servitut beſtellen könnte, weil, da das Objekt ſeiner Befugniſſe ſelbſt die fremde körperliche Sache iſt, dieſe auch das Objekt der von ihm dem Rechte nach auf einen Anderen übertragenen Befugniſſe bleiben würde.

nun die Natur der Servitut, wie ſie ſich im Römiſchen Rechte aufgeſtellt findet, auch in Deutſchland anerkannt iſt, namentlich auch deren Unveräußerlichkeit, ſo kann auch die nothwendige Folge dieſer Natur, daß an einer Servitut nicht wieder eine Servitut beſtellt werden könne, bei uns nicht, etwa als eine Römiſche Spitzfindigkeit, außer Acht gelaſſen werden [1]).

Faſſen wir demnach die bisher entwickelten weſentlichen Merkmale der Servitut zuſammen, ſo dürfte deren Begriff im Gegenſatze zu den übrigen jura in re wohl folgendermaßen ſich aufſtellen laſſen: **Die Servitut iſt die auf dem Civilrechte beruhende Beſchränkung des Eigenthums, welche ſich als ein zum Vortheile einer beſtimmten Perſon oder Sache gereichendes, einzelne aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums, und zwar dem Rechte nach, abgelöſ'te Befugniſſe enthaltendes, ſelbſtſtändiges Recht** — als *quasi dominium juris* — darſtellt.

Wenden wir uns daher:

II. zum **Pfandrechte**, ſo können wir uns hier um ſo eher kurz faſſen, als wir in einer eigenen Abhandlung deſſen Natur zu entwickeln, und das Unterſcheidende deſſelben von den übrigen dinglichen Sachenrechten, insbeſondere der Ser-

1) **Schrader** a. a. O. S. 321. behauptet zwar eine faſt gänzliche Aufhebung jenes Satzes durch neuere Milderung, und zwar wegen fr. 33. §. 1. de servit. praed. rust. (8. 3.); allein dieſe Stelle ſagt blos, daß eine Waſſergerechtigkeit mit Erlaubniß des Herrn des dienenden Grundſtückes auch über den Bedarf des herrſchenden Grundſtückes könne ausgeübt werden, behandelt alſo eine ganz andere als die hier vorliegende Frage. Auch konnte keine Milderung jenes Satzes Statt finden, wollte man die Unveräußerlichkeit der Servituten feſthalten, und deshalb würd ſelbſt **Schrader**, da er in Beziehung auf die Unveräußerlichkeit keine Milderung behauptet, auch in Beziehung auf die Folge derſelben, daß der Servitut-Berechtigte nicht wieder eine Servitut beſtellen könne, hätte er den letzteren Satz als Folge des erſteren erkannt, keine Milderung behauptet haben.

vitut, darzuſtellen bemüht geweſen ſind, namentlich auch nachzuweiſen geſucht haben, daß rückſichtlich der Dinglichkeit des Rechtes kein Unterſchied zwiſchen pignus im engeren Sinne und hypotheca Statt finde, obgleich in Beziehung auf das dem pignus zu Grunde liegende perſönliche Obligations-Verhältniß zwiſchen Verpfänder und Pfandgläubiger und die nur mit dem Fauſtpfande verbundene possessio der verpfändeten Sache nicht unerhebliche Verſchiedenheiten zwiſchen pignus und hypotheca herbeigeführt werden.

Das Pfandrecht gehört hiernach, ſo weit es an einer körperlichen Sache beſtellt iſt, zwar auch zu den dinglichen Sachenrechten in dem oben aufgeſtellten Umfange, indem auch der Pfandgläubiger unmittelbar, d. h. unabhängig von dem Verpfänder, in Beziehung auf die Sache, berechtigt iſt, und deshalb auch zum Zwecke der Ausübung ſeines Rechtes eine actio in rem hat, in welcher Beziehung daher auch ſelbſt von den Römiſchen Juriſten das Recht des Pfandgläubigers ein jus in re genannt wird [1]); allein in jeder andern Hinſicht unterſcheidet es ſich weſentlich von den Servituten. So zunächſt, auch abgeſehen von der in Beziehung auf den Gegenſtand Statt findenden Verſchiedenheit, rückſichtlich ſeines Urſprungs; denn während die Servitut ein urſprünglich auf dem Civilrechte beruhendes Inſtitut iſt, gehört das Pfandrecht als dingliches Recht der prätoriſchen Rechtsbildung an [2]); ſodann aber, und insbeſondere rückſichtlich ſeiner inneren Natur; denn während die Servitut einzelne, urſprünglich im Eigenthume

1) fr. 30. de noxalib. act. (9. 4.) *Gajus libro III. ad edictum praetoris urbani, titulo de damno infecto.* In noxalibus actionibus eorum, qui bona fide absunt, jus non corrumpitur, sed reversis defendendi ex aequo et bono potestas datur, *sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius.* cf. fr. 19. pr. de damno infecto. (39. 2.)

2) fr. 17. §. 2. de pactis. (2. 14.) *Paulus* libro III. ad edictum. *De pignore jure honorario nascitur ex pacto actio.* Vgl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes Nro. II.

gelegene, nun aber aus demſelben, und zwar dem Rechte nach, ausgeſchiedene Beſtandtheile enthält, iſt das Recht des Pfandgläubigers an der verpfändeten Sache ein, auch ſeinen inneren Beſtandtheilen nach, ganz neues Recht an der Sache, d. h. ein Recht, welches auch vor der Verpfändung ſeinem materiellen Inhalte nach nicht in dem Umfange des Eigenthums enthalten war, ſondern allererſt durch die Beſtimmung, daß die Sache für eine Forderung als acceſſoriſch verpflichtetes Subjekt haften ſolle, entſtanden iſt [1]), mit andern Worten: das Pfandrecht beſteht blos in der obligatio rei, d. h. die verpfändete Sache haftet für die fremde Schuld, wie etwa der Bürge für eine fremde Schuld haftet, ſie iſt aere alieno gravata [2]); ja ſelbſt die Befugniß des Pfandgläubigers, die ihm verpfändete Sache zu veräußern, worin man gewöhnlich [3]), aber gewiß mit Unrecht, das Weſen ſeines dinglichen Rechtes ſetzt, iſt nicht aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchieden, wie ſchon daraus

---

1) Vergl. meine angef. Abhandl. Nro. VII. und fr. 1. §. 4. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9)

2) fr. 94. ad leg. Falcid. (35. 2.) *Scaevola* libro XXI. digestorum. Filio et filia scriptis heredibus, singulis certa praelegavit, sed longe minus filiae, cui etiam *domum obligatam* praelegavit cum instrumentis, et quidquid ibi fuerit; et adjecit haec verba: *Sed ea conditione lego, ut quidquid aeris alieni in ea domo erit, Titius libertus filii mei exsolvat, et sit eis utrisque domus communis.* Quaesitum est: si filia legis Falcidiae beneficio uti volet ad quartam retinendam, an ex hereditate quae ei relicta est, deducto aere alieno, ejus, quod superfuerit, quartam consequi debeat? Respondi, jure quidem id postulaturam, verum non alias ea, quae ei data sunt, accepturam, si modo ea quartam suppleant, quam voluntati defuncti solvendum praestando pareret. cf. fr. 1. §. 16. fr. 16. §. 3. ad Sctum Treb. (36. 1.)

3) Vergl. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 171. Geſterding, die Lehre vom Pfandrechte. 2te Aufl. Greifswald 1831. §. 25. Richtiger ſtellen die Sache dar: Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 648 u. 649. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 330. b.

erhellet, daß der Verpfänder die Veräußerungs-Befugniß auch nach der Verpfändung hat [1]), was unmöglich wäre, wenn die Veräußerungs-Befugniß hier aus dem Eigenthume ſo abge-

1) c. 12. C. de distract. pign. (8. 28.) c. 10. C. de remiss. pign. (8. 26.) c. 15. C. de pignor. (8. 14.). Im früheren Rechte, d. h. hier vor Juſtinian, mußte ſogar der Vertrag, der Verpfänder ſolle nicht veräußern dürfen, ungiltig ſeyn. Zwar wird man ſich hier auf das fr. 7. §. 2. de distractione pignorum (20. 5.) berufen, nach welchem ſchon Marcian das Gegentheil behauptet habe: *Marcianus* libro singulari ad formulam hypothecariam. Quaeritur: si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque venire possit? Et certum est, nullam esse venditionem ut pactioni stetur. Dieſe Stelle hat von jeher unſeren Rechtslehrern beſondere Schwierigkeit verurſacht, und man hat deshalb verſchiedene Emendationen verſucht, welche bei Glück, Comment. Bd. XVI. S. 56. zuſammengeſtellt ſind. Auch dürfte es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß ſich Marcianus urſprünglich nicht ſo ausgedrückt haben könne, wie die Stelle jetzt lautet, da der Nachſatz: et certum est u. ſ. f. gar nicht zum Vorderſatze paßt; denn nach der von Marcian aufgeworfenen Frage mußte, wenn dieſelbe ſo, wie geſchehen, beantwortet werden ſollte, nicht et *certum est* u. ſ. f., ſondern etwa eine Wendung durch sed placuit u. ſ. f. folgen. Ständen daher nicht die Baſiliken entgegen, welche obige Stelle folgendermaßen wiedergeben: *Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνει μὴ ἐξεῖναι τῳ χρεώστῃ πωλειν τὸ ἐνέχυρον.* Basil. lib. XXV. Tit. VII. 7. §. 2. (nach *Fabrotus:* Recte creditor paciscitur ne debitori pignus vendere liceat.), ſo würde ich anſtatt „ut“ vorſchlagen „ubi“ zu leſen, wodurch die Anomalie gehoben wäre; ſo aber glaube ich, daß Marcianus urſprünglich geſagt habe: et certum est nullam esse pactionem ut venditioni stetur, und daß die jetzige Faſſung der Stelle eine mißlungene Interpolation enthalte, wodurch Tribonian ſie den Verordnungen Juſtinian's in const. 9. C. de pactis int. emt. et vend. (4. 54.) und in const. 7. C. de reb. alienand. (4. 51.) anpaſſen wollte. Demnach läßt ſich auch eine Ausdehnung dieſer Stelle auf alle dinglich Berechtigten an einer fremden Sache mit Lauk, in Linde's Zeitſchrift Bd. V. Heft I. Nro. 1. S. 13. in keiner Weiſe rechtfertigen.

löſ't wäre, wie die dem Servitut-Berechtigten zuſtehenden Befugniſſe aus dem Eigenthume abgelöſ't ſind; vielmehr bringt hier der Verpfänder, wie ſich eigentlich, da er eine fremde Sache veräußert, ſchon von ſelbſt verſteht, die Veräußerungs-Befugniß des Verpfänders nur zur Ausübung, und erſcheint inſofern als Prokurator des Verpfänders 1). Auch ſteht ihm die Veräußerungs-Befugniß nicht gerade deshalb zu, weil er ein unmittelbares, durch eine dingliche Klage zu verfolgendes Recht an der Sache hat; denn dieſe würde ihm aus der bei der Verpfändung gegebenen Erlaubniß auch zuſtehen, wenn er gar nicht ein mit einer dinglichen Klage verſehenes Recht an der Sache hätte, wie ſie ja wirklich dem Fauſtpfandgläubiger ſchon zuſtehen konnte, auch ehe noch mit der Verpfändung überhaupt eine dingliche Klage verbunden war 2). Es dürfte ſich die Richtigkeit der hier aufgeſtellten Anſicht, daß das Pfandrecht keine dem Rechte nach aus dem Eigenthume abgelöſ'ten

---

1) Vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechts. Nro. VII. S. 83 u. 84. Vollkommen wird die von uns aufgeſtellte Erklärung beſtätigt durch die Darſtellung des Theophilus zu §. 1. J. quib. alienare licet vel non (2. 8.): *Νῦν δὲ χρὴ λέγειν, πότε ὁ μὴ ὢν δεσπότης δύναται ἐκποιεῖν· τοῦτο δὲ προβαίνει, ὡς ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος· ἐδανεισάμην παρὰ σοῦ ἕκατον νομισματα, ἐνεχυρίασά σοι τὸν ἐμὸν ἀγρὸν, συμφωνήσας ὥστε σοι ἐξεῖναι ἐνιαυτοῦ παραδραμόντος κᾀμοῦ μὴ καταβαλόντος τὸ χρέος, πιπράσκειν τὸ ἐνέχυρον· ἰδοὺ ἐνταῦθα, ὁ κρεδίτωρ μὴ ὢν δεσπότης, καλῶς εκποιεῖ. ἀλλ' ἐάν τις ἐξετάσῃ τὸ ἀκριβὲς, ὀυ γίνεταί τι παράδοξον· δοκεῖ γὰρ ὁ δεβίτωρ πιπράσκειν ὁ δεσπότης ὢν ἀυτῷ τούτῳ, ῷ διὰ συμφώνου συγχωρεῖ τῷ κρεδίτωρι το πιπράσκειν, ἀγνωμοσύνης γενομένης περι την τοῦ χρέους ἀπόδοσιν.* Die hervorgehobenen Worte überſetzt Reitz: *Sed si quis accurate inquirat, nihil (miri ac) paradoxi hic fit. Videtur enim debitor qui dominus est, vendere eo ipso, quod per pactum creditori concedat vendere, cessatione facta in debiti solutione.*

2) Vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. II. S. 5.

Beſtandtheile enthalte, auch noch aus der Möglichkeit der Verpfändung des Uſusfrukts von Seite des Servitut-Berechtigten ergeben [1]). Da nämlich, wie oben bemerkt wurde, der Servitut-Berechtigte ſeine Servitut weder ganz noch theilweiſe veräußern kann, ſo würde, enthielte das Pfandrecht dem Rechte nach aus dem verpfändeten Rechte abgelöſ'te Beſtandtheile, auch eine Verpfändung des Uſusfrukts ganz unmöglich ſeyn. Nun erkennen zwar unſere Rechtslehrer, daß der Pfandgläubiger, wenn ihm von dem Uſufruktuar an dem Uſusfrukt ein Pfandrecht iſt eingeräumt worden, nur der Ausübung nach an dem Uſusfrukt berechtigt ſey, halten dies aber für etwas Beſonderes bei der Verpfändung des Uſusfrukts; allein dies iſt nach Obigem der Natur des Pfandrechtes ganz angemeſſen, und verhält ſich auch bei der Verpfändung des Eigenthums ebenſo. Das Beſondere bei der Verpfändung des Uſusfrukts von Seite des Uſufruktuars iſt nur, daß der Pfandgläubiger, wenn man ihm auch hier das Veräußerungs-Recht einräumt, nicht den Uſusfrukt dem Rechte nach auf den Käufer übertragen kann, ſondern nur der Ausübung nach, wie dies aus der Natur des verpfändeten Rechtes folgt, indem der Berechtigte natürlich die Veräußerungs-Befugniß rückſichtlich ſeines Rechtes einem Andern nur in dem Umfange einräumen kann, in welchem ſie ihm ſelbſt züſteht.

Schon aus den bisherigen Bemerkungen ergeben ſich die wichtigen und weſentlichen Unterſchiede zwiſchen Pfandrecht und Servitut; denn während die letztere dem Rechte nach aus dem Eigenthum ausgeſchiedene und dem Servitut-Berechtigten als ſelbſtſtändiges Recht eingeräumte Befugniſſe enthält, ſo daß er in Beziehung auf dieſelben als quasi dominus erſcheint, und daher auch eine quasi oder juris possessio und juris vindicatio hat, ſtellt ſich das Pfandrecht ſeinem Weſen nach nur als obligatio rei dar, in deren Begriffe es ſchon liegt,

1) fr. 11. §. 1. fr. 15. pr. de pignor. (20. 1.) fr. 8. pr. quib. mod. pign. (20. 6.). Hepp, Arch. Bd. XVI. Heft 3. Nro. XVIII. S. 346 folg. Gesterding, Pfandrecht. §. 7 folg.

daß hier dem Berechtigten vermöge ſeines Rechtes die Sache, auch ſo weit ſeine obligatio reicht, nicht etwa eigenthümlich gehöre, weil Eigenthum und obligatio ſich geradezu ausſchließen, da letztere eben nothwendig in privatrechtlicher Hinſicht von einander unabhängige Subjekte vorausſetzt [1]). Dieſe obligatio aber, da ſie eben eine obligatio rei iſt, erfaßt das corpus der Sache ſelbſt, gerade ſo wie urſprünglich die obligatio personae nicht etwa am Vermögen des Schuldners im juriſtiſchen Sinne haftete, ſondern ſeine phyſiſche Perſönlichkeit ergriff [2]), und es ſteht dem Gläubiger zur Geltendmachung ſeines Rechtes, da dieſes als obligatio nicht Gegenſtand einer vindicatio ſeyn kann, eben deshalb auch keine juris, ſondern vielmehr eine corporis vindicatio zu, welches corpus er dann zum Zwecke ſeiner Befriedigung veräußern kann; woraus dann auch von ſelbſt folgt, daß es keinen Beſitz des Pfandrechtes, auch keine quasi possessio und ſonach auch keine usucapio und überhaupt keinen Erwerb deſſelben durch fortgeſetzten Beſitz geben könne [3]), womit auch der Beſitz des Fauſtpfandgläubigers nicht im Widerſpruche ſteht, da dieſer nicht ein Beſitz des Pfandrechtes, ſondern nur der verpfändeten Sache iſt, welcher dem Gläubiger urſprünglich wohl deshalb eingeräumt wurde, um ihn bei der Veräußerung unabhängig von dem Verpfänder zu machen.

Daneben iſt dann das Pfandrecht ein acceſſoriſches Recht, in welche Eigenſchaft man gewöhnlich, wenn nicht den

---

1) Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. VIII. S. 87 folg., vergl. mit Nro. IX. S. 99. Note 6. und §. 12. J. de obl. quae ex del. (4. 1.) fr. 4. u. 11. de jud. (5. 1.) fr. 16 u. 17. pr. de furtis. (47. 2.)

2) Hiernach erſcheint die frühere Befugniß der Gläubiger, den Schuldner in Stücke zu zerſchneiden, wenn er nicht zahlte, *Gellius* XX. 1., nicht ſehr auffallend, ſondern nur als mittelbare Nöthigung, denſelben zur Zahlung zu bewegen; vergl. Zimmern, Rechtsgeſchichte. Bd. III. §. 45 u. 46. A. M. ſcheint jetzt wieder *Holtius*, historiae juris Romani lineamenta. Leodii 1830. p. 68.

3) Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes Nro. V.

einzigen, doch den hauptſächlichſten und charakteriſtiſchen Unterſchied des Pfandrechts von der Servitut und den übrigen dinglichen Sachenrechten zu ſetzen pflegt [1]). Nun iſt zwar ſo viel allerdings wahr, daß das Pfandrecht ohne eine Forderung, für welche die verpfändete Sache haftet, gar nicht gedacht werden kann, ſo daß alſo daſſelbe inſofern immer als eine accessio des Forderungsrechtes erſcheint; allein hierin würde doch höchſtens nur eine, und zwar eine zunächſt nur auf Entſtehung und Erlöſchung des Pfandrechtes, nicht aber auf deſſen innere Bedeutung Einfluß habende Verſchiedenheit von den übrigen dinglichen Sachenrechten liegen; ſodann aber iſt auch jene Verſchiedenheit nicht einmal eine allgemeine und durchgreifende; denn wenn auch die Emphyteuſe und Superficies in der Art ſelbſtſtändig ſind, daß ſie nicht etwas Anderes als principale bei dem Berechtigten vorausſetzen, ſo iſt doch die Servitut eben ſo ſehr ein acceſſoriſches Recht, wie das Pfandrecht, indem einmal die servitus praedii auf Seite des Berechtigten nothwendig ein praedium dominans vorausſetzt, als deſſen qualitas ſie erſcheint [2]), ſo daß hier deren acceſſoriſche Natur nicht verkannt werden kann, ſodann aber auch ſelbſt die servitus personae doch inſofern ein wirklich acceſſoriſches Recht bildet, als dieſelbe nicht der juriſtiſchen Perſon des Berechtigten zuſteht, ſondern nur an deren phyſiſchen Träger geknüpft iſt [3]), und deshalb auch mit dieſem zuſammenfällt. Demnach unterſcheidet ſich das Pfandrecht von der Servitut rückſichtlich ſeiner acceſſoriſchen Natur nur dadurch, daß, während die ser-

1) Vergl. von Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 115. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 328. Stahl, Philoſophie des Rechts. Bd. II. Abth. 1. S. 149. u. A.

2) fr. 86. de V. S. (50. 16.) *Celsus* libro V. digestorum. Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia? ut bonitas, salubritas, amplitudo. cf. fr. 12. quemadm. sevitus. (8. 6.) fr. 23. §. 2. de servit. praed. rust. (8. 3.) fr. 12. comm. praed. (8. 4.) fr. 10. §. 1. de usurpat. (41. 3.)

3) fr. 1. de servit. (8. 1.) §. 3. J. de usufr. (2. 4.) pr. J. de usu et habit. (2. 5.) fr. 3. §. 3. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.)

vitus ſich als accessorium praedii oder personae darſtellt, das Pfandrecht immer ein accessorium einer Forderung bildet, zu deren Sicherung und Deckung es dient, und ſich inſofern nach der Natur des ihm zu Grunde liegenden Forderungsrechtes richtet, mithin da, wo letzteres, wie es die Regel iſt, nicht an die phyſiſche Exiſtenz des Gläubigers, ſondern vielmehr an ſeine juriſtiſche Perſönlichkeit geknüpft erſcheint, und daher mit letzterer auf deſſen Erben übergeht, auch das Pfandrecht, wenn es nicht etwa bei ſeiner Beſtellung dem Gläubiger nur für ſeine Lebzeit iſt eingeräumt worden, den Erben des Gläubigers zuſteht, da aber, wo ausnahmsweiſe das Forderungsrecht ſelbſt nur an die phyſiſche Exiſtenz des urſprünglich Berechtigten geknüpft war, freilich auch das Pfandrecht mit deſſen Tode aufhören muß.

Dieſe Bemerkungen mögen hier genügen, um die eigenthümliche Natur des Pfandrechtes im Gegenſatze zur Servitut zu bezeichnen, und deſſen Begriff, als einer obligatio rei in securitatem crediti constituta, zu rechtfertigen, indem wir, was die von dieſem Begriffe abhängigen Folgen betrifft, auf die von uns verſuchte nähere Ausführung darüber verweiſen.

Bei weitem ſchwieriger erſcheint dagegen

III. die Feſtſtellung der eigentlichen Natur der **Emphyteuſe**, indem hier die Anſichten unſerer bewährteſten Rechtslehrer, und zwar nicht etwa blos über Nebenpunkte, ſondern über die Hauptfrage ſelbſt, durchaus von einander abweichen. Während man nämlich ſeit den Gloſſatoren die Emphyteuſe als ein dominium utile zu betrachten gewohnt war, hat unter den neueren Rechtslehrern vorzüglich **Thibaut** [1]) die Anſicht zu begründen geſucht, daß die Emphyteuſe kein dominium, namentlich auch kein dominium utile ſey, ſondern vielmehr ein bloſes jus in re (aliena) nach der Art der Servituten, nur viel weiter gehend, indem dem Emphytenta außer den Nutzungsrechten auch die Subſtanz (Proprietät) beſchränkende

1) Verſuche. Bd. II. Abhandl. 3. und Civiliſtiſche Abhandlungen. Nro. II.

Rechte zuſtänden, ſo daß auch dem Emphyteuta aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums abgelöſ'te Beſtandtheile als eigenes, jedoch immer nur als Beſchränkung des fremden Eigenthums in Betracht kommendes Recht zuſtänden, eine Anſicht, welcher ſpäter auch von Savigny [1]), der früher dem Emphyteuta ein wirkliches dominium zugeſchrieben hatte [2]), beigetreten iſt, und die jetzt wohl als die herrſchende anzuſehen iſt [3]), während die ältere Anſicht, daß dem Emphyteuta ein dominium utile zuſtehe, wieder von Glück [4]), Du Roi [5]) und theilweiſe auch von v. Tigerſtröm [6]) und v. Schröter [7]) iſt in Schutz genommen worden. Eine eigene abweichende Theorie hat Hufeland [8]) aufgeſtellt, welcher behauptet, daß ſich ein beſtimmter Begriff der Emphyteuſe überhaupt nicht aufſtellen laſſe, indem dem Emphyteuta bald wahres Eigenthum, bald auch nur ein geringeres Recht beigelegt werde.

Obgleich es nun jedenfalls gewagt erſcheinen dürfte, da, wo ſolche Autoritäten gegenüberſtehen, eine, wenn auch nur theilweiſe, ſelbſtſtändige Anſicht aufzuſtellen und durchzuführen, insbeſondere bei einem Inſtitute, welches ſeine Ausbildung erſt der ſpäteren Kaiſerzeit verdankt, und über deſſen innere Natur wir eben deshalb nur wenig Aufſchluß in den Quellen finden, ſo glaubt doch der Verfaſſer die Veröffentlichung des Reſultates ſeines Nachdenkens über das in Frage ſtehende Inſtitut

---

1) Das Recht des Beſitzes. (ſeit der dritten Aufl.) 5te Aufl. §. 9. S. 102.

2) Das Recht des Beſitzes. 2te Aufl. S. 99 — 109.

3) Schweppe, Röm. Privatrecht. 3te Aufl. §. 317 u. 320. Handbuch. Bd. II. §. 320. S. 234 u. 235. von Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 120. S. 292. und §. 157. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 296. u. A.

4) Commentar. Bd. VIII. §. 577.

5) Archiv. Bd. VI. Nro. XIV und XVIII., insbeſondere §. 14.

6) Ueber das frühere Verhältniß des Rechts am ager vectigalis. Greifswald 1828.

7) Linde's Zeitſchrift. Bd. II. Heft 2. Nro. VII. S. 237 — 244.

8) Ueber den Geiſt des Röm. Rechtes. Bd. II. Abtheil. 2. S. 55.

ſchon deshalb gerechtfertigt, weil ſelbſtſtändige Forſchung die Aufgabe eines Jeden, ſich der Wiſſenſchaft widmenden, ſeyn ſoll, und demnach auch jeder Verſuch, eine beſtrittene Frage ihrer Löſung näher zu bringen, wenn ſich derſelbe nur nicht als durchaus frivol darſtellt, ſchon wegen des ſich darin beurkundenden Strebens nach Wahrheit und der dadurch herbeigeführten Möglichkeit, daß ſpätere Forſcher die etwaigen Abwege, auf welche der frühere gerathen iſt, um ſo leichter vermeiden können, wenigſtens die Aufmerkſamkeit ſelbſt ſolcher Männer, welche, wie die oben genannten, durch ihre Forſchungen ſich ſchon bleibende Verdienſte um die Wiſſenſchaft erworben haben, verdient.

Der Verfaſſer theilt nun inſofern die Anſicht Thibaut's, als er dem Emphyteuta kein *dominium*, auch kein *dominium utile*, zuſchreiben kann, ſondern vielmehr nur ein *jus in re*, aber über die Natur dieſes jus in re kann er der Anſicht Thibaut's nicht beitreten, d. h. er kann nicht zugeben, daß dem Emphyteuta aus dem Umfange des Eigenthums abgelöſ'te und nach Art der Servituten, objektiv als ſelbſtſtändiges Recht in Betracht kommende Beſtandtheile zuſtänden, vielmehr iſt, nach ſeiner Anſicht, bei der Emphyteuſe das Eigenthum dem Rechte nach noch ein volles, und dem Emphyteuta ſteht nur die Befugniß zu, daſſelbe unabhängig vom Eigenthümer auszuüben, ſo daß ihm die Emphyteuſe als das Recht erſcheint: fremdes Eigenthum an Grund und Boden gegen Entrichtung eines jährlichen Kanons unabhängig vom Eigenthümer, und (ſo weit dies mit dem fremden Eigenthume beſtehen kann) vollſtändig auszuüben.

So gefaßt dürfte der Begriff der Emphyteuſe allen Anforderungen entſprechen und das eigentliche Weſen derſelben genau und auch unterſcheidend von allen übrigen dinglichen Sachenrechten ausdrücken. Zunächſt entſpricht derſelbe vollkommen der hiſtoriſchen Grundlage und Bildung des Inſtituts. Bekanntlich waren die agri vectigales der Municipien und Kirchen, ſo wie die, vielleicht ſchon urſprünglich mit dieſen

völlig identiſchen [1], gewiß aber in rechtlicher Beziehung nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilenden, agri emphyteuticarii [2] eine Nachbildung des Rechtes der Beſitzer an dem alten ager publicus und fundus provincialis [3]. Daß aber den Beſitzern an dieſen kein Eigenthum, auch nicht das in bonis oder ein dominium utile, zugeſtanden habe, darüber herrſcht nach den ſo verdienſtvollen Ausführungen Niebuhr's [4], von Savigny's [5] und Birnbaum's [6] wohl kein Zweifel; ja Gajus bemerkt ganz ausdrücklich: der Beſitzer habe an dem fundus provincialis nur die possessio und den ususfructus gehabt, während das Eigenthum dem Römiſchen Volke oder Kaiſer zugeſtanden habe.

Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia *in eo solo dominium populi Romani est, vel Caesaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur* [7].

---

1) Vergl. Birnbaum, die rechtliche Natur der Zehnten. Bonn 1831. S. 63.

2) v. Savigny, Beſitz. 5te Aufl. §. 99 folg. Schweppe, Rechtsgeſchichte. 3te Aufl., beſorgt von Gründler. §. 285. und Handb. Bd. II. §. 318.

3) Niebuhr, Röm. Geſchichte. Bd. II. S. 349. von Savigny a. a. O.

4) Römiſche Geſchichte. I. S. 146 folg.

5) Ueber den Röm. Kolonat; in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft. Bd. VIII. Heft 3. S. 273.

6) Die rechtliche Natur der Zehnten. Drittes Kapitel. S. 46 und folgende.

7) Gajus II. 7. Eben ſo klar ſpricht Gajus II. 21. das Eigenthum an den fundis provincialibus dem Volke oder Kaiſer zu: In eadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae *propriae* populi Romani esse intelleguntur. Tributaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae *propriae* Caesaris esse creduntur. Womit dann auch Theophilus zu §. 40. J. de rer. div. (2. 1.) übereinſtimmt. Es iſt hier nicht der Ort, uns auf die Entſcheidung der Frage einzulaſſen, von welcher Zeit an den Beſitzern der Provinz-

Durch die Worte: „*nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur*“ will Gajus ausdrücken, daß dem Beſitzer an dem Provinzial-Grundſtücke nur die unmittelbare Ausübung des Eigenthums zuſtehe [1]), während das Eigenthum ſelbſt, ſeinem vollen Inhalte nach, rechtlich dem Römiſchen Volke oder Kaiſer gehöre, ſo das alſo das Recht des Beſitzers eines fundus provincialis auch nicht etwa als ein den Servituten nachgebildetes, nur in einem weiteren Umfange eintretendes, einzelne aus dem Umfange des Eigenthums — ſelbſt der Proprietät nach — abgelöſ'te, und nach ihrer Ablöſung neben dem Eigenthume als ſelbſtſtändiges Rechtsobjekt beſtehende Beſtandtheile umfaſſendes Recht, welches dann, wie die servitus, ganz paſſend ein quasi dominium (juris) würde haben genannt werden können, betrachtet werden kann; denn wäre letzteres der Fall geweſen, ſo hätte, da dem Beſitzer des fundus provincialis das Veräußerungs-Recht des fundus im Umfange ſeines Rechtes zuſtand, derſelbe auch eine Servitut, und zwar nach Civilrecht, an demſelben müſſen beſtellen können, indem er dadurch nur einen Theil der dem Rechte nach ihm zuſtehenden Befugniſſe veräußert haben würde, demjenigen aber, der das Ganze veräußern kann, jedenfalls auch eine theilweiſe Veräußerung ge-

Grundſtücke erweiterte Rechte an denſelben ſeyen eingeräumt worden. Niebuhr, Röm. Geſch. S. 166. nimmt an, daß ſchon durch eine Verordnung vom Jahre 423 [c. un. Cod. Theod. de rei vindicatione (2. 23.)] die possessio an den Provinz-Grundſtücken in wirkliches Eigenthum ſey verwandelt worden, während Birnbaum a. a. O. S. 80 folg., wegen *Theophilus* ad §. 40. J. rer. div. (2. 1.), dies erſt durch die Verordnungen Juſtinian's in c. un. C. de nudo jure Quir. toll. (7. 25.) und in c. un. C. de usucapione transform. (cf 31.) eintreten läßt.

1) fr. 115. de V. S. (50. 16) *Javolenus* libro IV. epistolarum. *Possessio* ab agro juris proprietate distat; quidquid enim apprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est. Vergl. Savigny, Beſitz. S. 178.

ſtattet ſeyn muß, und doch war dies anerkanntermaßen und nach ausdrücklichen Quellen-Zeugniſſen nicht möglich:

Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in *provincialibus praediis* sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; *quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt* [1]).

Gajus bemerkt hier, daß, da der Beſitzer eines fundus provincialis kein Eigenthum an demſelben habe, mithin auch durch Veräußerung deſſelben kein Eigenthum übertragen könne, er eben ſo wenig eine Servitut dem Rechte nach daran beſtellen könne, weil ihm ſelbſt gar nichts Eigenes daran zuſtehe. So wie er aber den fundus ſelbſt im Umfange ſeines Rechtes, alſo zur unmittelbaren Eigenthums-Ausübung veräußern könne, ſo könne er auch in dieſem Rechte eine Servitut daran beſtellen, wo dann natürlich der Servitut-Berechtigte nicht eine Servitut dem Rechte, ſondern blos der Ausübung nach erwirbt, in welcher Ausübung er dann durch den Prätor geſchützt wird, gerade wie der Prätor auch den Käufer des Uſusfrukts ſchützt [2]):

Ulpianus libro XVII. ad Sabinum.

Amitti autem usumfructum capitis minutione constat ...... Et parvi refert, utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque ususfructus scilicet *in fundo stipendiario vel tributario* .... capitis minutione amittitur [3]).

---

1) *Gajus* II. 31. cf. II. 27.

2) fr. 11. §. 2. de pignorib. (20. 1.) verbis: *eum emtorem ususfructus tuetur praetor.*

3) *Vat. fragm.* §. 61.

Aus dem eben Bemerkten erhellet, daß der Ausdruck „ususfructus“ in der oben angeführten Stelle des Gajus, wo er ſagt: daß der Beſitzer eines fundus provincialis nur die possessio und den ususfructus an demſelben habe, nicht in ſeiner techniſchen Bedeutung für das *jus* utendi fruendi ſteht, ſondern in ſeiner weiteren Bedeutung für Benutzung überhaupt.

Was ſo bei dem Vorbilde der agri vectigales und emphyteuticarii eintrat, wird aller Vermuthung nach auch bei dieſen ſelbſt Statt gefunden, alſo auch hier dem Beſitzer weder ein Eigenthum, noch auch aus dem Umfange des Eigenthums dem Rechte nach abgelöſ'te, ein ſelbſtſtändiges Rechts-Objekt bildende Befugniſſe, ſondern vielmehr wieder nur die unmittelbare Ausübung des fremden Eigenthums zugeſtanden haben; und daß ſich dies wirklich ſo verhalte, dürfte nach den hier einſchlagenden Ausſprüchen unſerer Quellen keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Es ſagt uns nämlich ſchon Gajus, daß unter den früheren Römiſchen Juriſten Streit über das, der Ueberlaſſung der Ländereien der Römiſchen Municipien zur ſelbſtſtändigen und fortwährenden Ausübung des Eigenthums zu Grunde liegende Rechtsgeſchäft, Statt gefunden habe, ob dieſes nämlich ein Kauf oder eine Pacht ſey; doch habe die Anſicht Derjenigen, welche daſſelbe als Pacht betrachteten, den meiſten Beifall erhalten:

Adeo autem emtio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio; *veluti si qua res in perpetuum locata sit: quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus praedium auferatur: sed magis placuit locationem conductionemque esse* [1]).

Dieſer Streit fand ſich dann auch gleichmäßig bei der Em-

1) *Gajus* III. 245.

phyteuſe, und durch ihn wurde Kaiſer Zeno veranlaßt, das derſelben zu Grunde liegende Geſchäft als ein drittes, ſich von Kauf und Pacht unterſcheidendes (contractus emphyteuticarius) zu beſtimmen:

Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur an locatio et conductio? Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoquo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex *Zenoniana* lata est, *quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam*, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire, *quo jure utimur* [1]).

Wie hätten nun die Römiſchen Juriſten, wäre das Recht des Emphyteuta ein dominium, wenn auch nur ein dominium utile, oder auch nur ein der Servitut, ihrer inneren Natur nach, nachgebildetes, nur umfaſſenderes Recht, je auf den Gedanken kommen können, daſſelbe durch eine Pacht entſtehen zu laſſen? Eigenthum und Servitut erfordern doch zu ihrer vertragsmäßigen Begründung immer (ſelbſt nach prätoriſchem Rechte) ein auf Veräußerung und Uebertragung des Rechtes gerichtetes Geſchäft, die

1) §. 3. J. de locat. et conduct. (3. 24.)

Pacht aber iſt ihrer Natur nach niemals auf Veräußerung gerichtet [1]), ſondern geht ihrem Weſen nach nur auf die Geſtattung der Benutzung. Nun hatten zwar mehrere Römiſche Juriſten die Anſicht, daß dem Rechte des Beſitzers an dem ager vectigalis oder emphyteuticarius eher ein Kauf als eine Pacht zu Grunde liege; allein dies hatte auf das dem Beſitzer an dem Grundſtücke zuſtehende Recht ſelbſt gar keinen Einfluß, da begreiflicherweiſe nicht die Juriſten zu beſtimmen hatten, welche Rechte der Conſtituent dem Emphyteuta eingeräumt habe, ſondern vielmehr nur die Frage zu ihrer Entſcheidung vorlag, welchem Rechtsgeſchäfte ſich das durch Conſtituirung der Emphyteuſe herbeigeführte Rechtsverhältniß am paſſendſten als Folge anſchließen laſſe, und hier glaubten einige, daſſelbe paſſe eher zu den Folgen des Kaufes, als der Pacht. Die Pacht an ſich nämlich begründet zunächſt blos ein perſönliches Obligations-Verhältniß, wonach der Pächter verlangen kann, daß ihm der Verpächter die bedungene Benutzung der Sache die ganze Pachtzeit hindurch gleichmäßig gewähre [2]); der Pächter will gar nicht in einem vom Verpächter unabhängigen Verhältniſſe zu der gepachteten Sache ſtehen, ſondern will immer erſt durch Vermittelung des Verpächters die Sache benutzen, zu welchem Behufe letzterer namentlich die Sache in dem die verſprochene Benutzung fortwährend geſtattenden Zuſtande zu erhalten hat [3]). Dieſe Natur der Pacht widerſtritt nun freilich dem Rechtsverhältniſſe, welches bei der Ueberlaſſung des ager vectigalis und emphyteuticarius Statt

---

1) fr. 39. locati conducti. (19. 2.) *Ulpianus* libro II. ad edictum. *Non solet locatio dominium mutare.* Nur in den Fällen der locatio conductio irregularis leidet dies eine Ausnahme, weßhalb auch Ulpian nur ſagt: non *solet.* fr. 31. fr. 3. fr. 54. §. 2. locati cond. (19. 2.) Vergl. auch fr. 8 u. 9. commodati. (13. 6.) und von Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. II. §. 261. S. 199. Note b. und §. 266.

2) fr. 9. pr. locati cond. (19. 2.) verbis: *ut ei praestetur frui quod conduxit licere.* cf. fr. 19. §. 5. fr. 30. eod.

3) fr. 25. §. 1. fr. 58. §. 2. locati cond. (19. 2.)

ſand; denn hier wollte der Eigenthümer nach der Ueberlaſſung frei ſeyn von weiteren perſönlichen Verpflichtungen, namentlich nicht ſelbſt die Sache in brauchbarem Zuſtande erhalten, und deshalb ſetzte er den Empfänger in das unmittelbare Verhältniß zu der überlaſſenen Sache zum Zwecke der vollſtändigen und unabhängigen Benutzung, und inſofern paßte allerdings eher die Analogie des Kaufes; denn der Käufer will eben unabhängig ſeyn von dem Verkäufer, er will die Sache auf eigene Gefahr haben, und der Verkäufer will demnach auch nach dem Abſchluſſe des Kontrakts und erfolgter Tradition für nichts weiter haften, als daß dem Käufer die Sache rechtlich verbleibe, und ſo mogte man die Ueberlaſſung eines ager vectigalis oder emphyteuticarius etwa in dem Sinne als eine Veräußerung betrachten, in welchem man bei dem Verkaufe des Uſusfrukts von Seite des Uſufruktuars von einer Veräußerung redet [1]), alſo nicht etwa ſo, als ob man ſich dort das Eigenthum ſelbſt auf den Empfänger übergehend gedacht hätte; denn dies mußte ſelbſt nach der Anſicht derjenigen Juriſten, welche die Emphyteuſe als durch Kauf entſtehend betrachteten, bei dem Verkäufer zurückbleiben, weil eben die Abſicht des die Emphyteuſe Conſtituirenden gar nicht darauf gerichtet war, das Eigenthum ganz oder auch nur, dem rechtlichen Umfange nach, theilweiſe zu übertragen, ſondern nur ſo, daß man durch den Verkauf die Sache als zur vollſtändigen und unabhängigen Eigenthums-Ausübung überlaſſen anſah, gerade ſo, wie bei dem Verkaufe des Uſusfrukts von Seite des Uſufruktuars nicht der Uſusfrukt ſelbſt, d. h. nicht das Recht des Nießbrauchs, das *jus* utendi fruendi, ſondern nur die unabhängige Ausübung deſſelben auf den Käufer übergeht [2]), wodurch ſich eben der Käufer des Uſusfrukts weſent-

1) *Vat. fragm.* §. 41. §. 1. J. de usu et habit. (2. 5.) fr. 12. §. 2. fr. 38. fr. 67. de usufr. (7. 1.) fr. 29. pr. u. §. 1. quib. mod. ususfr. (7. 4.) fr. 8. §. 1. de pericu'o et commodo rei vend. (18. 6.)

2) fr. 66. de jure dot. (23. 3.) fr. 29. pr. und §. 1. quib. modis. ususfr. Puggé, Rhein. Muſeum. Bd. I. S. 145 — 157.

lich vom Pächter deſſelben unterſcheidet [1]). Nur eine Folge dieſes unmittelbaren Rechtsverhältniſſes des Empyteuta in Beziehung auf die Sache zeigt ſich in der ihm zuſtehenden Veräußerungs-Befugniß [1]), wodurch er aber natürlich nicht das Eigenthum auf den Empfänger überträgt, ſondern wodurch er die Sache wieder nur im Umfange des ihm daran zuſtehenden Rechtes, alſo zum Zwecke der unmittelbaren Eigenthums-Ausübung überläßt, in welcher Beziehung ſich eben die Emphyteuſe wieder von der Pacht unterſcheidet, und wodurch gerade, nach dem Zeugniſſe des Theophilus [3]), die Anſicht, daß die Emphyteuſe auf einem Kaufe beruhe, hauptſächlich veranlaßt wurde. Zwar ſteht auch dem Pächter das Recht zu, die gepachtetete Sache weiter zu verpachten, (Afterpacht, sublocatio) [4]); allein dadurch tritt der Afterpächter nicht aus ſeinem Rechtsverhältniſſe zu ſeinem Verpächter heraus und ſetzt den Afterpächter nicht in ein unmittelbares Verhältniß zur verpachteten Sache, ſondern es wird dadurch nur ein neues, von dem zwiſchen dem Verpächter und Afterverpächter Statt findenden

1) Auch da, wo den Gegenſtand des Vertrages blos die Ausübung eines Rechtes oder die Benutzung einer Sache bildet, unterſcheiden ſich Kauf und Pacht nicht etwa blos dadurch, daß bei jenem der Preis auf einmal beſtimmt wäre, während bei letzterer das Miethgeld ſich nach den einzelnen Terminen richte, *de Buchholtz* ad §. 41. *Vat. fragm.*, ſondern insbeſondere durch die größere oder geringere Abhängigkeit, in welcher der zur Ausübung des Rechtes oder zur Benutzung der Sache Berechtigte zu dem die Ausübung oder Benutzung Ueberlaſſenden ſtehen will und ſoll, wovon dann die Tragung des Zufalls abhängt, und wovon eigentlich auch die auf einmal erfolgende Feſtſetzung des Preiſes beim Kaufe eine Folge enthält, während ſich das Miethgeld bei der Miethe natürlich nach der Dauer der ungeſchmälerten Benutzung richten muß.

2) §. 3. J. de locat. et cond. (3. 24.) c. 1. C. fundis patrimon. (11. 61.)

3) ad §. 3. J. de locat. cond. (3. 24.)

4) c. 6. C. locati cond. (4. 65.) cf. fr. 7. 8. 30. pr. fr. 60. pr. h. t. (19. 2.)

durchaus verſchiedenes Obligations-Verhältniß zwiſchen dem Afterverpächter und Afterpächter herbeigeführt [1]); während bei der Emphyteuſe dadurch, daß der Emphyteuta ſich in einem unmittelbaren Verhältniſſe zu dem fundus befindet, auch die Möglichkeit für ihn herbeigeführt iſt, aus dieſem unmittelbaren Verhältniſſe zu dem Zwecke, daß ein Anderer in dies unmittelbare Verhältniß eintrete, zu ſcheiden, mit andern Worten, den fundus im Umfange ſeines Rechtes zu veräußern; zu welcher Veräußerung jedoch, da ſeine Berechtigung in Beziehung auf die Sache durch fortwährende perſönliche Leiſtungen gegen den Eigenthümer bedingt iſt, immer eine Anzeige an den dominus, um den ſonſt für dieſen möglichen Nachtheil abzuwenden, nöthig iſt [2]), ſo daß jede Veräußerung der Emphyteuſe von Seite des Emphyteuta ſich zugleich als eine neue Verleihung von Seite des dominus darſtellt, weßhalb auch dieſem von dem neuen Emphyteuta immer die quinquagesima emphyteuticaria gezahlt werden muß [3]). So wie nun der Emphyteuta ganz aus ſeiner unmittelbaren Eigenthums-Ausübung ausſcheiden und dieſelbe einem Andern überlaſſen kann, ſo kann er dies auch wieder theilweiſe in der Art, daß er die Ausübung intellektueller Eigenthums-Befugniſſe Anderen einräumt, alſo durch Conſtituirung von Servituten, wo aber dem Servitut-Berechtigten jene intellektuellen Eigenthums-Befugniſſe wieder nicht dem Rechte, ſondern blos der Ausübung nach zuſtehen, in welcher Ausübung er dann wieder vom Prätor geſchützt wird:

Ulpianus libro XVII. ad Sabinum.

Non solum usumfructum amitti capitis deminutione constat, sed et actionem de usufructu; et parvi refert,

---

1) fr. 7. fr. 8 u. 11. pr. fr. 24. §. 1. fr. 53. h. t. Vergl. Thibaut, Syſtem: Bd. II. §. 862. Note b. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. II. §. 262. S. 202. Note h.

2) c. 3. C. de jure emphyt. (4. 66.) Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 632. Vergl. Braun, Zuſätze zu Thibaut's Pandekten-Syſtem. Bd. II. §. 632. S. 551 u. 552.

3) c. 3. C. cit.

utrum jure sit constitutus ususfructus, *an vero tuitione praetoris.* Proinde traditus quoque ususfructus, *item in fundo vectigali vel superficie non jure constitutus*, capitis deminutione amittitur [1]).

Hiernach dürfte alſo die Anſicht derjenigen Juriſten, welche die Emphyteuſe auf einen Kauf gründeten, nicht ſo auffallend erſcheinen, wie man dieſelbe gewöhnlich darſtellt, und man hat auch, um ſich jene Anſicht zu erklären, nicht nöthig anzunehmen, jene Juriſten hätten dem Emphyteuta ein Eigenthum beigelegt, wie dies ſelbſt Thibaut [2]) thut; denn dafür gibt es, abgeſehen von den Stellen, aus welchen wir die Kenntniß der bemerkten Controverſe der früheren Juriſten über die Natur des der Beſtellung der Emphyteuſe zu Grunde liegenden Rechtsgeſchäftes haben, keine Belege [3]), und es fragt ſich daher

---

1) fr. 1. pr. quib. mod. ususfr. (7. 4.) Die Baſiliken lib. XVI. Tit. 4. 1. geben dieſe Stelle ſo wieder: *Η συστᾶσα χρῆσις τῶν καρπῶν, καὶ ἡ περὶ αὐτῆς ἀγωγὴ, φθείρεται τῇ τῆς πρώτης καταστάσεως ἐναλλαγῇ. τὰ αὐτὰ καὶ περὶ τῆς παρὰ τὸ ἀκριβὲς συνισταμένης χρήσεως τῶν καρπῶν, καὶ ἐν τῷ ἐμφυτευτικῷ ἀγρῷ ἢ ὑπερῴῳ.* und *Fabrotus* überſetzt: Ususfructus constitutus, et actio de usufructu, prioris status mutatione exstinguitur. Idem dicendum est, et de usufructu qui contra juris rationem constituitur: *et qui in fundo emphyteuticario* vel superficie. Vergl. *Vat. Fragm.* §. 61.

2) Civiliſt. Abhandlungen. Nro. XI. S. 277.

3) Daß man ſich auch die Benutzung einer Sache kaufen könne, unterliegt an ſich keinem Zweifel, und daher iſt auch unſere obige Annahme, daß ſelbſt die Juriſten, welche der Emphyteuſe einen Kauf zu Grunde legten, doch dem Emphyteuta nur das unabhängige Recht der Ausübung des fremden Eigenthums eingeräumt hätten, nicht paradox. Auch iſt es ja bei der Superficies ſogar gewiß, daß, ehe der Prätor eine dingliche Klage für den Superficiar einführte, der Kauf der Superficies, wie die Miethe derſelben, nur ein perſönliches Recht auf Gebrauch derſelben herbeiführte, fr. 1. §. 1. de superficiebus (43. 18), und eben ſo gewiß iſt es, daß, nachdem das Recht des Superficiars zu einem dinglichen geworden iſt, dem Käufer der Superficies wieder kein ſtärkeres oder weitergehendes Recht an der Superficies zuſteht, als dem Miether.

nur, wie umgekehrt die entgegenſtehende Anſicht, nach welcher die Emphyteuſe als auf einer Pacht beruhend angeſehen wurde, nach dem Zeugniſſe des Gajus die vorherrſchende habe werden können? Dies beruhte, wie uns auch hierüber Theophilus belehrt, auf dem Umſtande, daß doch der Emphyteuta das Recht der unmittelbaren Eigenthums-Ausübung an dem fundus immer nur ſo lange hat, als er die ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt, namentlich den canon entrichtet:

Ἀλλὰ τὸ τοιοῦτον συνάλλαγμα, ἐπειδὴ μεταξὺ τῶν παλαιῶν ἀμφιβάλλετο, καὶ ὑπό τινῶν μὲν μίσθωσις, ὑφ' ἑτέρων δὲ πρᾶσις ἐνομίζετο· (πρᾶσις μὲν ἐπειδὴ διέβαινεν ἐπὶ κληρονόμους, καὶ ἐξεποιεῖτο διαφόρως· μίσθωσις δὲ ἐνομίζετο διὰ το καθ' ἕκαστον ἔτος διδόμενον·) διάταξις γέγονε Ζήνωνος τοῦ θειωτάτου, ἥτις ἐμφύτευσιν τοῦτο ἐκάλεσεν, ἰδιάζουσαν αὐτῷ φύσιν ἐπινοήσασα, ουτε πρὸς μίσθωσιν καθόλου, ουτε πρὸς πρᾶσιν ὁρῶσαν, ἀλλ' ἰδίοις ὅροις συνισταμένην. [1]).

Thibaut, Syſt. Bd. II. §. 638. Freilich kann es bei der Superficies ſelbſt durch den Willen des Eigenthümers des Grundſtücks nicht dahin gebracht werden, daß an der Superficies dem Käufer ein ſelbſtſtändiges Eigenthum zuſtehe; allein es geht doch aus der Analogie derſelben hervor, daß der Kauf nicht nothwendig auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet ſey, daß vielmehr, wenn die Abſicht der Contrahenten nur auf die Gebrauchs-Ueberlaſſung oder Geſtattung der Benutzung geht, auch dieſe den Gegenſtand des Kaufes bilden könne, und dies iſt nach unſerer Annahme eben bei der Emphyteuſe von jeher nur die Abſicht der Contrahenten geweſen.

1) *Theophilus* ad §. 3. J. de locat. cond. (3 24) Reitz überſetzt: Sed hic contractus quia inter veteres dubitabatur, et a nonnullis locatio, ab aliis venditio putabatur: (venditio quidem, quod transiret ad heredes, varieque alienaretur; *locatio autem existimabatur propter id, quod quoque anno dabatur*: facta est constitutio divi *Zenonis*, quae *emphyteusin* hoc ad-

In dieſer Hinſicht nähert ſich dann die Emphyteuſis allerdings mehr der Pacht, als dem Kaufe; denn beim Kauf iſt das Kaufgeld ein- für allemal beſtimmt, ſollte es auch in einzelnen Terminen abgetragen werden, und hat demnach der Käufer das Kaufgeld gezahlt, ſo will er keine weiteren Verbindlichkeiten gegen den Verkäufer haben, namentlich die Fortdauer ſeines Rechtes nicht abhängig wiſſen von — durch die fortwährende Ausübung deſſelben bedingten und — für dieſelbe zu entrichtenden Gegenleiſtungen; was bei der Pacht ſich gerade umgekehrt verhält. Es ſcheint demnach, daß diejenigen Juriſten, welche der Emphyteuſe einen Kauf zu Grunde legten, den Canon gleichſam als Kaufgeld des emphyteutiſchen Rechtes für jedes einzelne Jahr betrachtet hätten [1]). Obgleich alſo nach dem Bisherigen die Verſchiedenheit der Anſichten der Römiſchen

pellabat, specialem ei naturam constituens, quae neque ad locationem omnino, neque ad venditionem spectaret, sed propriis conditionibus constaret.

1) Aus der Darſtellung des Theophilus geht nämlich ſo viel hervor, daß ſtets ein jährlicher Canon habe bezahlt werden müſſen, mogte man nun der Emphyteuſe einen Kauf oder eine Pacht zu Grunde legen; denn gerade deshalb hatte ja die Anſicht, daß der die Emphyteuſe begründende Vertrag eine Pacht ſey, die meiſten Anhänger gefunden. Hätten diejenigen Juriſten, welche der Emphyteuſe einen Kauf zu Grunde legten, ein ſolches Bedingtſeyn des Rechtes des Emphyteuta durch eine fortwährende Abgabe an den Conſtituenten nicht angenommen, ſo hätte es Emphyteuſen geben müſſen, bei welchen eine ſolche jährliche Leiſtung nicht vorgekommen wäre; dann hätte aber auch Theophilus als Grund der Verſchiedenheit der Anſichten der Römiſchen Juriſten über die Natur des der Emphyteuſe vorangehenden Vertrages angeben müſſen, daß man da, wo eine jährliche Gegenleiſtung von Seite des Emphyteuta nicht vorgekommen, ſondern die Gegenleiſtung auf einmal beſtimmt worden ſey, einen Kauf, da aber, wo eine jährliche Abgabe ſey ausbedungen worden, eine Pacht angenommen habe; ſtatt deſſen ſagt er aber: die Anſicht, daß der Emphyteuſe eine Pacht zu Grunde liege, ſey insbeſondere auf die jährliche Abgabe gebaut geweſen, woraus erhellet, daß ein Canon überall vorgekommen ſey.

Juriſten über das der Emphyteuſe zu Grunde liegende Rechtsgeſchäft keinen Einfluß auf das dem Emphyteuta zuſtehende Recht ſelbſt hatte, indem man vielmehr umgekehrt aus der Natur des durch die Beſtellung der Emphyteuſe begründeten Rechtsverhältniſſes erſt auf die Natur des derſelben vorausgehenden Rechtsgeſchäftes ſchloß, ſo mußten ſich doch einzelne Folgen jener verſchiedenen Anſichten in anderweiter Beziehung zeigen, und dies ſcheint insbeſondere der Fall geweſen zu ſeyn, rückſichtlich des Einfluſſes, welchen der theilweiſe zufällige Untergang des fundus emphyteuticarius auf die Verbindlichkeiten des Emphyteuta ausübe. War die Sache durch den Zufall ganz zu Grunde gegangen, ſo war gewiß, und zwar nach beiden Anſichten, der Emphyteuta zu weiteren Gegenleiſtungen nicht verpflichtet, hatte aber der Zufall die Sache nur theilweiſe getroffen, ſo mußten diejenigen Juriſten, die eine Pacht als Grundlage der Emphyteuſe annahmen, auch eine theilweiſe Befreiung des Emphyteuta, namentlich einen theilweiſen Erlaß des Canon, eintreten laſſen, und von dieſer Anſicht ſcheint eine Spur in den Pandekten ſtehen geblieben zu ſeyn, wonach da, wo durch Zufall dem Beſitzer eines ager vectigalis der Fruchtgewinn iſt geſchmälert worden, von einem Nachlaſſe die Rede iſt:

Ulpianus libro XXXII. ad edictum.

Papinianus libro quarto responsorum ait: si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contingat ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit, exigendam. *Hoc idem et in vectigalis agri damno respondit* 1).

---

1) fr. 15. §. 4. locati cond. (19. 2.) Nach den Baſiliken lib. XX. l. 15. iſt die Stelle ſo gefaßt: *Εάν τις ένὶ ένιαυτῳ συγχωρέσῃ τῷ μισθωτῷ δια τὴν ἀφορίαν το μίσθωμα, καὶ ἐυφορία ἐν τοῖς ἑξῆς ἐνιαυτοῖς γένηται, λαμβάνει τὸ συγχωρηθέν. τουτο γαρ και ἐπὶ ἐμφυτευτικου ἐστιν.* Nach *Fabrotus:* Si quis uno anno remissionem conductori dederit ob sterilitatem,

Dagegen mußten diejenigen, welche die Emphyteuſe durch Kauf entſtehen ließen, einen ſolchen Erlaß wegen theilweiſer zufälliger Verſchlechterung des Grundſtückes nach der Natur des Kaufes ausſchließen. Durch dieſe Verſchiedenheit der Anſichten der Römiſchen Juriſten wurde dann auch Zeno veranlaßt, zu beſtimmen, daß, wenn rückſichtlich des die Sache treffenden Zufalls, bei der Beſtellung der Emphyteuſe nichts Beſonderes in einer ſchriftlichen Urkunde feſtgeſetzt worden ſey, der gänzliche Untergang der Sache den Emphyteuta von ſeinen Verbindlichkeiten befreien, inſofern alſo lediglich den dominus treffen, der theilweiſe Untergang dagegen an den Verbindlichkeiten des Emphyteuta nichts ändern ſolle, nach welcher Beſtimmung dann auch die in dem obigen Pandekten-Fragmente noch enthaltene Spur der, von der Pacht in dieſer Beziehung auf die Emphyteuſe angewendeten Grundſätze, als durch bloſes Verſehen der Compilatoren eingeſchlichen, angeſehen werden muß [1]).

Es ergibt ſich aber aus den ſeitherigen Bemerkungen zugleich auch, daß die Verordnung von Zeno, wodurch er den

deinde sequentibus annis ubertas contigerit, quod remisit exigit: *hoc enim et in agro emphyteutico est.*

1) Noch für anwendbar hält das fr. 15. §. 4. cit. *Mühlenbruch* doctr. pand. Vol. II. §. 300, wogegen ſich aber Thibaut, Syſtem. §. 632. mit Recht erklärt. Auch lieſ't die vulgata blos: *hoc idem et in vectigali damno respondit*, und erſt Haloander ſchiebt auf die Auctorität der Baſiliken „agri" ein. In den Scholien zu der Stelle der Baſiliken wird die Stelle außer dem *ager vectigalis* auch auf die Zollpachtung bezogen, indem es heißt: vel finge: Quidam vectigal locavit, puta portuum. accidit autem ut anno quodam naves non adnavigarent saeviente per totum annum tempestate, aut piratis ea loca infestantibus, vel etiam hostibus imminentibus, ideoque vectigal remitteretur conductori . . . Entweder muß man alſo das Pandekten-Fragment auf die Zollpachtung beziehen, oder, als auf einem Verſehen der Compilatoren beruhend, für ganz unpraktiſch anſehen. Vergl. auch Braun, Zuſätze zu Thibaut's Syſtem. Bd. II. S. 533.

der Conſtituirung der Emphyteuſe zu Grunde liegenden Vortrag für einen beſondern, ſich von Kauf und Pacht gleichmäßig unterſcheidenden contractus emphyteuticarius erklärte, ganz paſſend erſcheine; denn ohne dieſe Beſtimmung müßte, wollte man der Emphyteuſe eine Pacht unterlegen, dieſelbe immer als locatio conductio irregularis aufgeführt werden. Die Verordnung Zeno's ſelbſt aber, die für die Beſtimmung der Natur der Emphyteuſe nach dem neueſten Römiſchen Rechte gerade die wichtigſte iſt, lautet folgendermaßen:

Imperator *Zeno* A. Sebastiano Pf. P.

Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate vel similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam, et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes, super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri, ita ut, si interdum ea quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum [1]).

Da nun Zeno ausdrücklich bemerkt, daß der contractus emphyteuticarius nicht zu den *alienationis titulis* gehören ſolle, und Juſtinian beſtimmt ſagt: *et hoc jure uti-*

---

1) c. 1. C. de jure emphyteut. (4. 66.)

mur [1]), wie dies auch Theophilus durch die Bemerkung: *ὅπερ καὶ ἐν χρήσει ἐστί τε καὶ πολιτεύεται* [2]) beſtätigt, ſo erhellet, daß das durch denſelben conſtituirte Recht kein dominium, auch nicht ein dominium utile ſey, wie dies nach unſerer Ueberzeugung Thibaut [3]) vollſtändig nachgewieſen hat; denn um Eigenthum zu übertragen, wird ein auf Eigenthums-Uebertragung gerichtetes Geſchäft, alſo ein alienationis titulus erfordert [4]), wobei es auch keinen Unterſchied macht, ob civilrechtliches oder prätoriſches, direktes oder utiles Eigenthum begründet werden ſoll, wie denn auch das frühere in bonis habere, wie das dominium ex jure Quiritium, gleichfalls nur durch ein ſolches Geſchäft entſtehen konnte. Sehr mit Recht hat dann Thibaut ferner bemerkt, daß das dominium utile ein vollſtändiges, nur nicht nach der Strenge des Civilrechts erworbenes, Eigenthum ſey, neben welchem ein dominium directum wirkſam nicht beſtehen könne, und daß die Idee von einem getheilten Eigenthume, wonach dem dominus emphyteuseos ein dominium directum als noch wirkſames Obereigenthum, dem emphyteuta dagegen ein dominium utile als nutzbares Untereigenthum zuſtehen ſoll, faſt wieder den durch Juſtinian aufgehobenen Unterſchied des alten dominium divisum, wonach dem Einen das dominium ex jure Quiritium, dem Andern das in bonis habere zuſtand [5]),

---

1) §. 3. s. f. J. de locat. cond. (3. 24.)

2) ad §. 3. J. cit.

3) Verſuche. Bd. II. Nro. 15. Civil. Abhandl. Nro. 11.

4) fr. 9. §. 3. de acq. rer. dom. (41. 1.) *Gajus* libro II. rerum quotidianarum sive aureorum: Hae quoque res quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur: *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* c. §. 4. J. de rer. div. (2. 1.). v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 125. Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 592. Schweppe, Handb. Bd. II. §. 242. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 254 u. 256. Warnkönig, im Archiv. Bd. VI. S. 111.

5) *Gajus* II. 40. u. 41. Nach der Darſtellung des Gajus muß

in das Rechtsſyſtem einführen würde, nur daß das Obereigenthum größere Wirkungen hervorbringen ſoll, als das nudum jus Quiritium. Daß ferner der Schluß, den man von der dem emphyteuta zuſtehenden utilis rei vindicatio auf ein dem emphyteuta zuſtehendes dominium utile in der Art macht, daß, ſo wie die rei vindicatio directa ein dominium directum vorausſetze, die rei vindicatio utilis auch ein domi-

---

da, wo von der einen Seite ein bloſes in bonis habere vorkommen ſoll, auf der andern Seite ein dominium ex jure Quiritium beſtehen, und demnach konnte das in bonis in der Regel nur durch traditio einer res mancipi, die ſich in dem dominium ex jure Quiritium des Tradenten oder auch eines Dritten befand, entſtehen, nicht aber durch den Erwerb einer res mancipi, welche als res nullius ſich in gar keinem Eigenthum, alſo auch nicht in dem dominium ex jure Quiritium befand, und wo demnach der Erwerb immer ein vollſtändiger ſeyn, mithin das plenum dominium, alſo das in bonis und das ex jure Quiritium begründen mußte; denn wo beſtand hier noch ein dominium ex jure Quiritium, und von wem ſollte es geltend gemacht werden? Daher mußte durch occupatio, namentlich durch occupatio bellica, immer das plenum dominium erworben werden, *Gajus* IV. §. 16, und eben ſo auch durch Erzeugung aus einer eigenthümlichen res mancipi. Wir können alſo auch der Anſicht von Mayer über das duplex dominium des Röm. Rechts, in der Zeitſchrift für gerichtl. Rechtswiſſenſchaft Bd. VIII. S. 1, wonach jeder modus acquirendi naturalis einer res mancipi, nur das in bonis begründet haben ſoll, nicht beipflichten. Eine genauere Erörterung dieſer Frage gehört jedoch nicht hierher. Nur ſo viel dürfte noch bemerkt werden, daß das Eigenthum der Peregrinen, ſelbſt an ſolchen Sachen, die nach Römer-Recht als mancipi res in Betracht kamen, nicht ein in bonis habere genannt werden darf, da es hier eben an dem Gegenſatze, dem dominium ex jure Quiritium, gebrach; dagegen konnte das in bonis habere der Römer allerdings ein dominium naturale genannt werden. *Theophilus* ad §. 4. J. de libertinis. (1. 5.) Ebenſo darf das prätoriſche Eigenthum nicht mit dem in bonis habere verwechſelt werden, weil jenes jedenfalls in viel weiterem Umfange eintrat, als das in bonis, namentlich auch an res nec mancipi Statt finden konnte.

nium utile erfordere, ganz unzuläſſig ſey, iſt gleichfalls ſchon von anderen Rechtslehrern bemerkt worden [1]; denn aus demſelben Grunde müßte man auch dem Pfandgläubiger, dem ja gleichfalls eine utilis rei vindicatio zugeſchrieben wird [2], ebenfalls ein dominium utile an der verpfändeten Sache beilegen, was doch Niemand behauptet. Was endlich die Berufung der dem Emphyteuta ein dominium utile zuſchreibenden Rechtslehrer auf ſolche Stellen des codex Theodosianus [3] und Justinianeus [4] betrifft, wo bei dem Rechte des Emphyteuta der Ausdruck *dominium* vorkommt, ſo hat gleichfalls ſchon Thibaut [5] gezeigt, daß die Römiſchen Kaiſer zuweilen den Beſitzern der nach emphyteutiſchem Rechte verliehenen kaiſerlichen Ländereien wirkliches Eigenthum ertheilten [6], und daß

---

1) Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 320.

2) fr. 16. de servit. (8. 1.) fr. 19. pr. de H. P. (5. 3.) fr. 16. §. 3. de pign. (20. 1.) c. 2. C. si unus ex plurib. hered. (8. 32.) Vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. IX. S. 115 u. 118. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 354. a. E.

3) c. 5. C. Theod. de censitorib. (13. 11.) c. un. C. Theod. de comm. div. (2. 25.)

4) c. 2. 4. u. 12. C. de fund. patrim. (11. 61.) Vergl. Glück, Comment. Bd. VIII. §. 600. S. 386 u. 387. v. Schröter, in Linde's Zeitſchrift. Bd. II. Heft 2. S. 238.

5) Civil. Abhandl. Nro. 11. S. 271 — 274.

6) Dies erhellet am deutlichſten aus c. 5. de locatione praediorum civilium [11. 70. (71.)]. Impp. *Theodosius* et *Valentinianus* AA. Volusiano Pf. P. Praedia domus nostrae, si semel jure perpetuo vel nostra praeceptione, vel auctoritate illustris viri comitis aerarii privati apud aliquem fuerint, vel jam dudum sint collocata, ad alium transferri perpetuarium non oportet. Aperte enim definimus hoc edicto, ut a perpetuario nunquam possessio transferatur, etiamsi alteri eam Imperator vel exoratus, vel sponte donaverit, sive annotatione sive pragmatica. Cui si forte contra perpetuarium vir illustris comes privatarum rerum, dum allegabitur, acquiescet, et de proprio ipse centum libras auri, et alias centum fisci viribus palatinum inferre cogatur officium; nec tamen post allegationem habebit

demnach jene Conſtitutionen auf ſolche Fälle zu beziehen ſeyen. Wenn ſich aber auch zeigen ließe, daß bei dem Rechte des Emphyteuta überhaupt der Ausdruck dominium vorkomme, alſo nicht blos in ſolchen Fällen, wo ihm das Eigenthum selbſt ſey ertheilt worden, ſo würde doch daraus für die Gegner Nichts folgen, da man, nach einer ſehr richtigen Bemerkung Birnbaum's 1), von dem Emphyteuta ſehr gut ſagen kann: *in dominio est*, oder: *apud eum dominium est*, ohne daß dadurch der Emphyteuta als wirklicher Eigenthümer, auch nur als dominus utilis bezeichnet wäre; denn ſo wie man von demjenigen der alieno nomine possidet ſagt „*in possessione est*" 2),

---

hujusmodi jussio firmitatem. Sed nec locabitur alteri licet ingente superari videatur augmento possessio. Jure igitur perpetuo publici contractus firmitate perpetuarius securus sit, et intelligat, neque a se, neque a posteris suis, vel his ad quos ea res vel successione, vel donatione, sive venditione, vel quolibet alio titulo pervenerit, esse retrahendam. *Sane quia non ex omni parte excludenda est largitas principalis, rem divinae domus suae Imperator, si velit, donabit ei, qui eam possidet jure perpetuo*, sive cujuslibet tituli jure successerit. Videtur enim suam concedere pensionem, non alteri nocere liberalitas, *quae possidentem jure perpetuo dominum vult vocari* ..... Nach dieſer Stelle bietet dann auch die c. 12. de fund. patrim. (11. 61.), welche von denſelben Kaiſern herrührt, und wonach den Beſitzern kaiſerlicher Emphyteuſen ſelbſt das Recht, die mit der Scholle ſolcher Beſitzungen verbundenen Sklaven freizulaſſen, aus dem Grunde: *quum fundorum sint domini* zuſtehen ſoll, in Verbindung mit c. 2. C. de mancipiis et colonis (11. 62.), wonach, wenn ſolche Beſitzer: qui fundorum non sunt domini, Sklaven der bemerkten Art freigelaſſen hätten, die Freilaſſung ungiltig ſeyn ſoll, keine weitere Schwierigkeit dar. Auch erklären ſich hiernach die c. 4 u. 5. de diversis praed. urb. (11. 70.) von ſelbſt. Vergl. Thibaut, Civil. Abhandl. Nro. 11. S. 273 u. 274.

1) Die rechtliche Natur der Zehnten. S. 96, vergl. S. 60. Note 27. und S. 124. Note 10.

2) fr. 10. §. 1. de acq. vel amitt. poss. (41. 2.) *Ulpianus* libro LXIX. ad edictum. Idem *Pomponius* bellissime tentat dicere: num-

obgleich er nur fremden Beſitz ausüben will, eben ſo gut kann man von dem Emphyteuta ſagen: „*in dominio est, quanquam dominus non sit,*“ indem dadurch ſein Verhältniß zu dem emphyteutikariſchen Grundſtücke ſehr gut ausgedrückt wird, womit dann die von uns aufgeſtellte Anſicht über die Natur ſeines Rechtes vollkommen übereinſtimmt.

So wenig wir nun dem Emphyteuta ein dominium zuſprechen können, eben ſo wenig können wir Thibaut darin beipflichten, daß dem Emphyteuta ein, nach Art der Servituten, aus dem Umfange des Eigenthums, und zwar dem Rechte nach, ausgeſchiedene Befugniſſe enthaltendes Recht zuſtände, vielmehr iſt hier das Eigenthum auch ſeinem intellektuellen Umfange nach noch ein volles, und der Emphyteuta unterſcheidet ſich, auch abgeſehen davon, daß er das Recht hat, das fremde Eigenthum, ſo weit ſich dies mit der nothwendigen Fortdauer deſſelben verträgt, vollſtändig auszuüben, von dem Servitut-Berechtigten, namentlich dem Uſufruktuar insbeſondere dadurch, daß letzterer nicht ein fremdes, ſondern vielmehr ſein eigenes Recht zur Ausübung bringt [1]), obgleich das Recht eine fremde Sache vorausſetzt, während der Emphyteuta nirgends ein eigenes, ſondern immer nur ein fremdes Recht ausübt [2]), wodurch er ſich demnach ſowohl vom Eigenthümer,

---

quid qui conduxit quidem praedium, precario autem rogavit, *non ut possideret* sed *ut in possessione esset?* Est autem longe diversum; *aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse*; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa. cf. §. 5. J. de interdictis (4. 15.). Hufeland, Geiſt des Röm. Rechts. Bd. II. S. 14. v. Savigny, Beſitz. S. 64 folg. Ebenſo wird ja auch die *servitus* von dem *in servitute esse* unterſchieden. *Gajus* I. §. 11. §. 1. J. de ingenuis (1. 4.) cf. pr. J. de libertinis (1. 5.) und *Theophilus* ad §§. J. citt. Selbſt der Ausdruck *dominium* findet ſich in ſo weiter Bedeutung. c. 4. C. de aquaeductu. (11. 43.)

1) Daher ſeine *juris* vindicatio mit der Formel: ajo *jus* mihi esse hac re utendi fruendi; ſ. oben S. 10 u. 11. Note 4.

2) Es kann daher von dem Emphyteuta, obgleich er im Beſitze der

ſelbſt dem dominus utilis, als auch von dem Servitut-Berechtigten weſentlich unterſcheidet; denn alle dieſe Perſonen bringen und wollen eigene Rechte zur Ausübung bringen. Zwar könnte man nun glauben, gerade das Recht der Eigenthums-Ausübung ſey der Gegenſtand der Emphyteuſe, und ſonach ſey eben die Ausübung des Eigenthums das aus dem Umfange deſſelben Ausgeſchiedene und dem Emphyteuta als Objekt eines ſelbſtſtändigen Rechtes Eingeräumte; allein die Ausübung iſt nur die formale Seite des Eigenthums, und ohne das Objekt in ſich gehaltlos, kann alſo nicht ſelbſt Gegenſtand eines Rechtes ſeyn; vielmehr iſt hier der Gegenſtand, und zwar der unmittelbare Gegenſtand des Rechtes, immer das fremde Eigenthum.

Nur auf dieſe Weiſe erklärt es ſich, daß die Emphyteuſe ohne eine Veräußerung von Seite des Eigenthümers ſoll entſtehen können [1]), was nach der Thibaut'ſchen Anſicht eben ſo unerklärbar iſt, als nach der Anſicht derjenigen, die dem Emphyteuta ein dominium beilegen; es erklärt ſich ferner nur auf dieſe Weiſe, warum dem Emphyteuta nicht eine *juris*, ſondern vielmehr eine *corporis possessio* [2]) beigelegt wird;

Sache iſt, gerade ſo wie von dem Pfandgläubiger und precario Empfänger, immer geſagt werden: quamquam juste possideat, non tamen opinione domini possidet. cf. fr. 22. §. 1. de noxal. act. (9. 4.) und fr. 13. §. 1. de Publ. in rem act. (6. 2.)

1) c. 1. C. de jure emphyt. (4. 66.)

2) fr. 15. pr. und §. 1. qui satisdare. cog. (2. 8.) *Macer* libro I. de appellationibus. Sciendum est possessores rerum immobilium satisdare non compelli. §. 1. Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte. *Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet*, possessor intelligendus est. v. Savigny, Beſitz. S. 99 — 102, vergl. mit S. 294. von Schröter, in Linde's Zeitſchrift. Bd. II. Heft 2. S. 237. und die meiſten Neueren. Zwar wendet man gegen die Beweiskraft der obigen Stelle ein, daß dieſelbe nicht ſowohl von dem Beſitze des Emphyteuta als vielmehr von der Befreiung deſſelben von der satisdatio handle; allein wenn man dies auch zugeben muß, ſo dürfte doch auf der andern Seite auch kaum geleugnet werden,

denn der unmittelbare Gegenſtand ſeines Rechtes iſt nicht ein aus dem Eigenthum ausgeſchiedenes, als ſelbſtſtändiges Rechts-objekt gedachtes jus, ſondern vielmehr das Eigenthum in ſeinem ganzen Umfange, das corpus ſelbſt; er hat den animus Eigenthum an dem Grund und Boden auszuüben, jedoch nicht eigenes, ſondern immer nur fremdes, nur daß ihm dieſe Eigenthums-Ausübung unabhängig vom Eigenthümer zuſteht, er alſo, obgleich ſein Beſitz ſich immer nur als ein vom Eigenthümer abgeleiteter darſtellt [1]), indem er ja das fremde Eigenthum

---

daß der Emphyteuta als Beſitzer des emphyteutiſchen Grundſtückes anerkannt werde. Auch iſt nirgends von einer juris possessio des Emphyteuta die Rede, ja es konnte nach der Natur ſeines Rechtes von einer ſolchen nicht die Rede ſeyn. Insbeſondere ſcheint mir aber, außer dem ſchon von v. Savigny angeführten Grunde, daß der emphyteuta die Früchte wie der b. f. possessor durch bloſe Separation erwirbt — fr. 25. §. 1. s. f. de usuris. (22. 1.), für die corporis possessio des Emphyteuta einmal der Umſtand zu ſprechen, daß ihm wegen ſeines gutgläubigen Beſitzes des emphyteutiſchen Grundſtückes die actio Publiciana auf Verfolgung des Grundſtückes zuſtehen ſoll, fr. 12. §. 2. de Publ. act. (6. 2.); ſodann aber und hauptſächlich, daß dem Emphyteuta ſelbſt eine utilis confessoria auf Verfolgung der dem Grundſtücke zuſtehenden Servituten, ſo wie umgekehrt auch eine utilis negatoria gegen den eine Servitut an dem emphyteutiſchen Grundſtücke in Anſpruch Nehmenden geſtattet wird, fr. 16. de servitut. (8. 1.); denn da die servitutes praediorum an dem corpus praedii ſelbſt kleben, ſo muß doch wohl auch derjenige, welcher eine ſolche Servitut in Anſpruch nehmen oder in Abrede ſtellen will, Beſitzer des corpus ſelbſt ſeyn; wie denn auch dem Uſufruktuar, weil er eben nicht corporis, ſondern nur juris (ususfructus) possessor iſt, die confessoria und negatoria wirklich abgeſprochen werden. fr. 1. pr. fr. 5. de ususfr. (7. 6.) Daß Thibaut, Syſt. Bd. I. §. 295 u. 308, dem Emphyteuta keine *corporis*, ſondern vielmehr nur eine *juris possessio* zuſpricht, iſt blos eine conſequente Folge ſeiner Anſicht über die Natur des emphyteutiſchen Rechtes, und muß, wenn letztere als unbegründet ſich darſtellen ſollte, mit ihrer Grundlage zuſammenfallen.

1) Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. V. S. 50 — 51.

anerkennt, doch nicht alieno, ſondern vielmehr proprio nomine beſitzt, wodurch er ſich eben vom Pächter u. ſ. f. unterſcheidet. Eben ſo erklärt ſich auch nur auf dieſe Weiſe, warum der Emphyteuta keine *juris*, ſondern vielmehr eine *corporis vindicatio* hat, nur daß er die Sache nicht wegen des ihm daran zuſtehenden Eigenthums in Anſpruch nimmt, ſondern nur, weil ihm das Recht der unmittelbaren Eigenthums-Ausübung an derſelben gebühre, weßhalb er nicht eine *directa*, ſondern nur eine *utilis rei vindicatio* hat [1]). Sie iſt alſo nicht, wie Du Roi [2]) will, eine Eigenthumsklage, weder aus dem Eigenthume des emphyteuta, da dieſer, wie wir hoffentlich gezeigt haben werden, kein Eigenthum an der Sache hat, mithin auch aus einem ſolchen die Sache nicht in Anſpruch nehmen kann, noch aus dem Eigenthume des dominus emphyteuseos, ſondern blos aus dem Rechte des Emphyteuta das fremde Eigenthum an der Sache unabhängig von jedem Dritten auszuüben. Hiernach wird freilich in der Regel der Emphyteuta den Beweis erbringen müſſen, daß der Beſteller der Emphyteuſe Eigenthümer geweſen ſey; allein deshalb iſt ſie keine Klage aus dem Eigenthume des Beſtellers, ſo wenig als die rei vindicatio des successor singularis deshalb eine Klage aus dem Eigenthume ſeines auctor iſt, weil er, wenn er dieſelbe gegen einen dritten Beſitzer der Sache anſtellt, das Eigenthum des auctor nachweiſen muß [3]); denn ſo wie dies nur eine Bedingung des Eigenthums des successor iſt, ſo iſt auch der Beweis des Eigenthums des Beſtellers der Emphyteuſe

---

1) fr. 1. §. 1. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.* (6. 3.) *Paulus* libro XXI. ad edictum. Qui in perpetuum fundum conduxerunt a municipibus, *quamvis non efficiantur domini, tamen placuit, competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.* cf. fr. 66. pr. de evict. (21. 2.) und fr. 16. de servit. (8. 1.)

2) Archiv. Bd. VI. Nro. XVIII. §. 15 u. 16.

3) §. 3. J. de act. (4. 6.) fr. 6. §. 9. de R. V. (6. 1.) Thibaut, Syſtem. 7te Aufl. Bd. II. §. 566. und Braun, in den Zuſätzen zu Thibaut's Pandekten-Syſtem. Bd. II. S. 480.

nur eine Bedingung des Rechtes des Emphyteuta. Auch wird die ſelbſtſtändige Natur der Klage aus der Emphyteuſe in unſeren Quellen ausdrücklich anerkannt [1]; ja es ſoll der emphyteuta ſogar wegen ſeiner eigenen bonae fidei possessio die Publiciana haben, die jedoch hier nicht auf ſeiner conditio usucapiendi beruht — wie dies noch beſonders bemerkt wird — alſo auch nicht auf der fictio: rem jam esse usucaptam, ſondern auf dem allgemeinen Geſichtspunkte, wonach jeder der meliore jure gaudet, potior ſeyn ſoll, als der, welcher infirmiore jure possidet [2]:

Paulus libro XIX. ad edictum.

In vectigalibus et aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt [3]:

Da nun der Emphyteuta das Recht hat, das Eigenthum an dem fremden Grundſtücke vollſtändig und unabhängig von dem Eigenthümer und demnach auch von jedem Dritten auszuüben, weßhalb ihm auch eine utilis rei vindicatio eingeräumt iſt, während z. B. der Pächter, da er den Verpächter dafür, daß er den verſprochenen Gebrauch machen könne, ſorgen laſſen will, auch nur eine perſönliche Klage gegen den letzteren hat, ſo erklärt ſich, wie ihm zugleich auch alle übrigen Klagen, die ſonſt nur dem Eigenthümer zuſtehen, utiliter zuſtehen ſollen, namentlich eine utilis vindicatio servitutis rückſichtlich der

---

1) fr. 66. pr. de evict. (21. 2.) *Papinianus* libro XXVIII. quaestionum. Si, quum venditor admonuisset emtorem, ut Publiciana, *vel potius ea actione, quae de fundo vectigali proposita est*, experiretur, emtor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committetur stipulatio. cf. tit. D. *si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur.* (6. 3.)

2) Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 572. Note k.

3) fr. 12. §. 2. de Publ. (6. 2.) In den Baſiliken lib. XV. tit. 2. fr. 12. §. 1. lautet die Stelle folgendermaßen: *Καὶ επι τῶν ἐμφυτευτικῶν καὶ τῶν ἄλλῶν τῶν μὴ δυναμένων διὰ χρήσεως κυριευθῆναι.* Nach *Fabrotus:* Et in praediis emphyteuticariis et aliis quae usucapi non possunt. (sc. Publiciana competit.)

dem Grundſtücke zuſtehenden Servituten, und eine utilis negatoria gegen den, der an dem Grundſtücke eine Servitut in Anſpruch nimmt [1]), ebenſo die *actio arborum furtim caesarum* [2]) und die *actio aquae pluviae arcendae* [3]), ſo wie ſämmtliche *judicia divisoria* [4]), ja ſelbſt eine *condictio* auf Herausgabe des Grundſtücks:

Ulpianus libro XXVII. ad edictum.

Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem (sc. condictionem triticiariam) peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constent, sive mobiles sint sive soli. *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit;* sive etiam jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum [5]).

Ulpian dürfte demnach auch nicht den Vorwurf verdienen, den ihm Thibaut [6]) wegen dieſer Stelle macht, daß er es nämlich mit keiner Partei habe verderben wollen, und daher hier in einem unbeſtimmten Ausdrucke den ager vectigalis mehr auf die Seite des Eigenthums als der Servituten gezogen habe; denn nach Obigem bezog ſich der Streit der früheren Juriſten nicht auf das dem Emphyteuta an dem Grundſtücke

---

1) fr. 16. de servitutibus. (8. 1.) *Julianus* libro XLIX. digestorum. Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio datur. *Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.*

2) fr. 5. §. 3. arborum furtim caesarum. (47. 7.) *Paulus* libro IX. ad Sabinum. Qui autem fundum vectigalem habet hanc actionem habet, sicut aquae pluviae arcendae actionem et finium regundorum.

3) fr. 23. §. 1. de aqua et aquae pluviae arcendae. (39. 3.) *Paulus* libro XVI. ad Sabinum. Haec actio etiam in vectigalibus agris locum habet.

4) fr. 4. §. 9. finium regund. (10. 1.) fr. 10. familiae hercisc. (10. 2.) fr. 7. pr. comm. div. (10. 3.)

5) fr. 1. pr. de condict. tritic. (13. 2.)

6) Civil. Abhandl. Nro. 11. S. 278 u. 279.

zuſtehende Recht, indem darüber alle einig waren, ſondern nur auf die Natur des zur Begründung deſſelben dienenden Rechtsgeſchäfts; da aber das dem Emphyteuta zuſtehende Recht nicht wie die Servitut ein aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchiedenes und ein ſelbſtſtändiges Rechtsobjekt bildendes jus war, ſo konnte auch dem Emphyteuta keine perſönliche Klage auf Einräumung deſſelben gegeben werden, ſondern dieſe mußte, da eben das Grundſtück ſelbſt das unmittelbare Objekt ſeines Rechtes bildete, nothwendig auch auf die Herausgabe des Grundſtückes gerichtet ſeyn, gerade ſo wie ſeine vindicatio nicht eine *juris*, ſondern vielmehr eine *rei* vindicatio iſt.

Daß ſich ferner die Veräußerungs-Befugniß des Emphyteuta, und die Möglichkeit, Servituten im Umfange ſeines Rechtes, alſo blos der Ausübung nach an dem Grundſtücke, zu beſtellen, gleichfalls aus der von uns vertheidigten Natur des emphyteutiſchen Rechtes erkläre, iſt ſchon oben bemerkt worden. Daß aber die von dem Emphyteuta beſtellten Servituten nicht als jure constitutae beſtehen [1]), widerſpricht der Anſicht **Thibaut's** über die Natur der Emphyteuſe gleichfalls, wenigſtens wenn man, wie dies doch das Richtigere ſcheint, annimmt, daß die Emphyteuſe als jus in re dem Civilrechte, d. h. hier der Theorie und Praxis, ihren Urſprung verdanke [2]); denn

1) fr. 1. pr. quib. mod. ususfr. (7. 4.)

2) Hierfür ſpricht das *placuit* in fr. 1. §. 1. si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur (6. 3.) und das *convenit* in fr. 16. de servitutibus (8. 1.); denn dieſe Ausdrücke bezeichnen immer die Einführung eines Rechtsſatzes durch die Doktrin. Vergl. **von Buchholz**, juriſtiſche Abhandl. Königsberg 1833. Nro. 25. S. 317. Auch dürfte für die civilrechtliche Entſtehung der actio in rem bei der Emphyteuſe noch der Umſtand angeführt werden, daß, während bei der **Superficies** ausdrücklich bemerkt wird, dieſelbe habe nach Civilrecht keine dingliche Klage begründet, vielmehr habe erſt der Prätor eine ſolche für dieſelbe eingeführt, fr. 1. §. 1. de superficiebus (43. 18.), bei der Emphyteuſe nirgends des prätoriſchen Urſprungs der dinglichen Klage Erwähnung geſchieht, die doch hier gewiß eben ſo nahe gelegen hätte, als bei der Superficies.

dann wäre es, da der Emphyteuta das Veräußerungs-Recht hat, unbegreiflich, warum die von ihm beſtellten Servituten nur tuitione praetoris beſtehen ſollen, da er doch in demſelben Rechte muß veräußern können, in welchem er ſelbſt berechtigt iſt; die Beſtellung der Servituten aber jedenfalls eine theilweiſe Veräußerung ſeines Rechtes enthält.

Endlich erklärt ſich aber aus der angegebenen Natur der Emphyteuſe auch, wie dieſelbe auf der einen Seite für ein bloſes jus in re erklärt, und ſo dem Eigenthume entgegengeſetzt werden konnte, während ſie doch auf der andern Seite, da wo von den jura als aus dem Eigenthume abgelöſten und als ſelbſtſtändige Rechtsobjekte gedachten Beſtandtheilen, alſo von den Servituten, die Rede iſt, auch wieder von dieſen getrennt wird. Es iſt nämlich die Emphyteuſe, wie nachgewieſen, kein Eigenthum, ſondern ein bloſes *jus in re*, d. h. es iſt doch der Emphyteuta unmittelbar und unabhängig von dem Beſteller und demnach auch von jedem Dritten an der Sache berechtigt:

Ulpianus libro XXXV. ad edictum.

> Si jus *ἐμφυτευτικὸν* (vel *ἐμβατικὸν*) habeat pupillus videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse, *quamvis jus praedii potius sit.* [1])

aber es ſteht ihm doch vermöge ſeines Rechtes nichts Eigenes zu, was ſich als ſelbſtſtändiges, aus dem Eigenthume ausgeſchiedenes Objekt ſeines Rechtes, als jus, im Sinne der Servituten darſtellte; der unmittelbare Gegenſtand ſeines Rechtes iſt immer das fremde Grundſtück, und demnach kann da, wo die Rechtsobjekte aufgeführt werden, die Emphyteuſe nicht unter die jura im Sinne der Servituten geſtellt werden, ſondern es muß der ager vectigalis oder emphyteuticarius ſelbſt genannt werden [2]).

---

1) fr. 3. §. 4. de reb. cor. (27. 9.) cf. fr. 71. §. 5 u. 6. de leg. 1.

2) Tit. D. *si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur.* (6. 3.) fr. 16. §. 2. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 5. §. 7. ut in possess. legat. (36. 4.)

Auf dieſe Weiſe hoffen wir die Natur der Emphyteuſe vollſtändig entwickelt und den von uns aufgeſtellten Begriff derſelben hinlänglich gerechtfertigt zu haben [1]). Ehe wir aber zur Superficies übergehen, müſſen wir noch einige aus der vorſtehenden Darſtellung ſich ergebende Folgeſätze berühren, nämlich die Löſung der Frage über den Erwerb des Schatzes und über die Entſtehung der Emphyteuſe durch Erſitzung. Was die erſte Frage betrifft, ſo müſſen wir der Entſcheidung Thibaut's [2]), daß nämlich der Emphyteuta den Theil des Schatzes, der dem dominus jure soli zufällt, nicht erwerbe, vollkommen beitreten, da eben der Emphyteuta nicht Eigenthümer iſt, ſondern nur die Ausübung des fremden Eigenthums hat, alſo auch nur das erwerben kann, was ſich als Folge der Eigenthums-Ausübung, nicht aber was ſich als Folge des Eigenthums ſelbſt darſtellt. Was dagegen die andere Frage anlangt, ſo müſſen wir die Möglichkeit der Entſtehung der Emphyteuſe durch Erſitzung ſchlechthin leugnen. Die Erſitzung iſt

---

1) Nach der von uns entwickelten Anſicht über die Natur der Emphyteuſe dürfte auch das Inſtitut ſchwerlich den Tadel verdienen, den Hufeland, Geiſt des Röm. Rechts. Bd. II. Abth. 2. S. 65. in der Art darüber ausſpricht: „daß dieſe Lehre zuvörderſt nicht zu der Klaſſe derjenigen gehören könne, die dem Römiſchen Rechte ſeinen eigenthümlichen Glanz geben, und es zum Muſterbilde jedes wahrhaft anpaſſenden und ausgebildeten Rechts erheben. Einer ſolchen Ehre kann aber jene Lehre nicht theilhaftig ſeyn, da ſie nicht aus der Natur des Verhältniſſes herausgeht, ſondern ſchlechthin als willkührlich feſtgeſetzt anzuerkennen iſt.“ Das Bedürfniß forderte — zunächſt bei öffentlichen Ländereien — eine, ohne Veräußerung mögliche, freiere und unabhängigere Ueberlaſſung der Grundſtücke zur vollſtändigen Benutzung, als dieſe in Folge der Pacht eintreten konnte, und dieſe Aufgabe dürfte durch das Inſtitut der Emphyteuſe gelöſ't worden ſeyn.

2) Civiliſtiſche Abhandl. Nro. 11. S. 267. Note 3. Der richtigen Anſicht Thibaut's ſind auch die meiſten neueren Rechtslehrer. Vergl. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 158. *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 299. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 296.

nämlich ein Erwerbungsgrund des Eigenthums [1]), und kann demnach auch nur da vorkommen, wo Jemand ein Eigenthum in Anſpruch nimmt, einerlei, ob an einem corpus oder an einem jus (servitus); da aber, wo dem Berechtigten, ſelbſt im Falle des vollſtändigen Erwerbes ſeines Rechtes, nichts Eigenes, weder ein corpus noch ein jus, gehört, wie dies bei dem Emphyteuta der Fall iſt, da kann auch von der Begründung des Rechtes durch Erſitzung nicht die Rede ſeyn. Außerdem ſetzt aber die Erſitzung ihrem Begriffe nach, als Begründung eines Rechtes durch fortgeſetzten Beſitz, nothwendig einen Beſitz des zu erwerbenden Rechtes voraus; denn was nicht beſeſſen werden kann, das kann auch nicht erſeſſen werden [2]); nun gibt es aber keinen Beſitz der Emphyteuſe als ſolcher, der Emphyteuta hat keine juris possessio, ſondern nur eine possessio corporis, und daher muß eine Erſitzung der Emphyteuſe ganz aus denſelben Gründen ausgeſchloſſen ſeyn, aus welchen die Erſitzung eines Pfandrechtes geleugnet wird [3]). Hiermit ſoll jedoch nicht in Abrede geſtellt werden,

---

1) *Gajus* II. 65. *Ulpianus* Fragm. tit. XIX. §. 2. fr. 3. de usurpat. (41. 3.)

2) fr. 25. de usurpat. (41. 3.) *Licinius Rufinus* libro I. regularum. *Sine possessione usucapio contingere non potest.*

3) Vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. V. S. 51 folg. Auch beruht die Anſicht derjenigen Rechtslehrer, welche eine Begründung der Emphyteuſe durch Erſitzung zulaſſen, lediglich auf der Anſicht, daß die Emphyteuſe ein jus in re im Sinne der Servituten ſey; vergl. Thibaut, über Beſitz und Verjährung. §. 35. Syſt. Bd. II. §. 1032. Mackeldey, Lehrbuch. §. 298. Note 6. Die Berufung dieſer Rechtslehrer auf c. 14. C. de fundis patrim. (11. 61.) iſt auch ganz unpaſſend; denn in dieſer Conſtitution iſt nur die Rede davon, daß der Beſitzer eines emphyteutiſchen Grundſtückes durch 40 Jahre hindurch fortgeſetzten Beſitz gegen die Eigenthumsklage geſichert ſeyn ſolle, nicht aber von dem Erwerbe des emphyteutiſchen Rechts durch 40jährigen Beſitz, wie dies ſchon daraus erhellet, daß die erwerbende Verjährung durch 30 oder 40 Jahre hindurch fortgeſetzten, nicht titulirten, aber doch bona fide erworbenen

daß die Emphyteuſe dadurch begründet werden könne, daß Jemand längere Zeit hindurch ſich als Emphyteuta gerire [1]); nur iſt dies dann keine Erſitzung der Emphyteuſe, ſondern eine Begründung derſelben durch ſtillſchweigende Uebereinkunft, weßhalb auch dabei von den Erforderniſſen der Erſitzung nicht die Rede ſeyn kann.

So wenig aber auf der einen Seite eine Erſitzung der Emphyteuſe möglich iſt, ſo wenig iſt auch eine Erſitzung des Eigenthums von Seite des Emphyteuta, ohne daß wirklich ein auf Eigenthums-Erwerb gerichtetes Geſchäft hinzugekommen iſt, möglich; denn da zur Erſitzung des Eigenthums immer ſchon im Augenblicke des Beſitzerwerbes bona fides, d. h. hier die Ueberzeugung des Beſitzers, Eigenthümer geworden zu ſeyn, erforderlich iſt, bei demjenigen aber, der als Emphyteuta den Beſitz erwirbt, dieſe Ueberzeugung geradezu ausgeſchloſſen iſt, ſo folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß eine Erſitzung des Eigenthums von Seite des Emphyteuta und deſſen Erben nicht vorkommen könne; wie denn auch die usucapio, ſo wie der Erwerb des Eigenthums durch longi temporis possessio von Seite des Emphyteuta in den Quellen geradezu für unzuläſſig erklärt werden [2]). Aber auch die durch Juſtinian eingeführte 30- oder 40jährige Erſitzung ohne justus titulus kann

---

Beſitz, erſt durch Juſtinian in c. 8. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 ann. (7. 39.) eingeführt worden iſt, mithin nicht ſchon von Anaſtas zur Anwendung gebracht werden konnte. Vergl. auch Unterholzner, Verjährungslehre. Bd. II. §. 239. *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 301.

1) Vergl. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 298.

2) fr. 12. §. 2. de Publ. act. (6. 2.) verbis: *In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt* . . . cftur. fr. 15. §. 26. de damno infecto (39. 2.). *Ulpianus* libro LIII. ad edictum. Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere, (*nec enim dominium capere possidendo potest*) . . . . Anders wenn etwa die Stadt ſelbſt die Caution verweigerte: §. 27. eod. *Sed in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.*

hier keine Anwendung leiden, ſollte auch ſpäter, wie dies namentlich leicht bei dem Erben des Emphyteuta der Fall ſeyn kann, die anfänglich fehlende bona fides noch eintreten, und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil es bei jeder Erſitzung zunächſt auf das initium ankömmt [1], ſpäter aber der Grundſatz entſcheidet: nemo causam possessionis ipse sibi mutare potest [2].

---

1) fr. 11. de div. temp. praescript. (44. 3.) *Papinianus* libro II. definitionum. Quum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum illum ille, vel precario possedit; quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem juris est, cum de longa possessione quaeritur, *neque enim recte defendetur, quam exordium rei bonae fidei ratio non tueatur.* cf. fr. 43. pr. de usurpat. (41. 3.) In dieſen Stellen iſt zwar nur von der usucapio und longi temporis possessio die Rede; allein bei der durch Juſtinian eingeführten 30= oder 40jährigen Erſitzung verhält es ſich eben ſo, wie aus den Worten der c. 8. §. 1. h. t. (7. 39.): Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus vel is qui suppositam eam habebat, exceptione triginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete sed cum moderata divisione ei praestari censemus: *ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur* . . . erhellet. Auch hier wäre demnach ein Fall vorhanden, wo noch eine Verjährung der Eigenthumsklage ohne Eigenthumserwerb vorkommen kann. Hat nämlich ein Nichteigenthümer wiſſentlich an dem fremden Grundſtücke eine Emphyteuſe beſtellt, während der Emphyteuta ihn für den Eigenthümer hielt, ſo wird der Emphyteuta wegen ſeiner bona fides ſelbſt nach kanoniſchem Rechte die Klage des Eigenthümers durch 30 oder 40 Jahre hindurch fortgeſetzten Beſitz ausſchließen, obgleich das Eigenthum des letzteren beſtehen bleibt, arg. c. 14. C. de fund. patrim. (11. 61.). Vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes Nro. V. S. 59. Note 30.

2) fr. 19. §. 1. de acq. poss. (41. 2.) cf. fr. 3. §. 20. eod. fr. 33. §. 1. de usurpat. (41. 3.) fr. 2. §. 1. pro herede (41. 5.) fr. 1. §. 2. pro donato. (41. 6.) fr. 6. §. 3. de precario. (43. 26.)

Es bleiben uns demnach

IV. nur noch einige Bemerkungen über das mit der Emphyteuſe rückſichtlich ſeiner inneren Natur genau verwandte Inſtitut der Superficies übrig, über welche eben deshalb auch die Anſichten unſerer Rechtslehrer eben ſo getheilt ſind, wie über die der Emphyteuſe, indem diejenigen, welche dem Emphyteuta ein dominium utile beilegen, ein ſolches um ſo mehr dem Superficiar einräumen, während Thibaut und die ſeiner Anſicht huldigenden Rechtslehrer, wie dem Emphyteuta, ſo auch dem Superficiar, nur ein jus in re nach Art der Servituten zuſchreiben [1]), welches ſich von letzteren nur durch ſeinen größeren Umfang, indem es faſt alle Eigenthumsrechte umfaſſe, unterſcheide. Unſere Anſicht dagegen weicht auch hier eben ſo wie bei der Emphyteuſe von beiden Theorien in der Art ab, daß wir auch die Superficies nur für ein jus in re, jedoch keineswegs nach Art der Servituten, ſondern von letzteren ſeiner inneren Natur nach weſentlich ſich unterſcheidend, erkennen können, ſo daß uns die Superficies als das Recht erſcheint, **das Eigenthum an einem auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäude [2]) vollſtändig und unabhängig vom Eigenthümer auszuüben.** Wir können alſo auch hier nicht zugeben, daß dem Superficiar aus dem Umfange des Eigenthums abgelöſ'te und nach ihrer

---

1) von Savigny, Beſitz. S. 98. 289 u. 557. iſt inſofern theilweiſe abweichend, als er die Superficies als wirkliche, nur auf prätoriſchem Rechte ſich gründende Servitut erklärt, und demnach auch bei derſelben eine juris quasi possessio annimmt, während er bei der Emphyteuſe dem Beſitzer corporis possessio einräumt.

2) Ob die Superficies ſich blos auf Gebäude beſchränke, oder auch an etwas Anderem, mit dem Grund und Boden Verbundenen, Statt finde, iſt freilich nicht unbeſtritten; indem mehrere Rechtslehrer, z. B. Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 626. und *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 302. den weiteren Begriff vertheidigen. Für die im Texte beibehaltene gewöhnliche Anſicht berufen wir uns hier nur auf von Buchholz, juriſtiſche Abhandlungen. Nro. 25. S. 309 — 311.

Ablöſung als ſelbſtſtändiges Rechtsobjekt in Betracht kommende Beſtandtheile des Eigenthums zuſtänden, ſondern behaupten vielmehr, daß auch hier das Eigenthum ſeinem inneren rechtlichen Umfange nach ein volles ſey, und daß dem Superficiar nur das Recht zuſtehe, das fremde Eigenthum unabhängig vom Eigenthümer und ſonach auch von jedem Dritten auszuüben.

So wie das Bedürfniß zunächſt bei öffentlichen Ländereien des Staates und demnach auch bei denen der Städte und ſonſtiger Corporationen, und endlich ſelbſt der Privaten auf eine, ohne Gefährdung des Eigenthümers mögliche, freiere und unabhängigere Ueberlaſſung der Grundſtücke zur vollſtändigen Benutzung führte, als dies bei dem reinen Pachtverhältniſſe der Fall geweſen wäre, ſo und aus demſelben Grunde führte das Bedürfniß auch auf eine freiere und unabhängigere Ueberlaſſung der Gebäude zum Zwecke eines vollſtändigen Gebrauches, als dies durch die bloſe Vermiethung hätte geſchehen können [1]), ja

1) Hiermit ſoll jedoch keineswegs geſagt werden, daß die Superficies als ſelbſtſtändiges jus in re zuerſt nur für die unabhängige Gebrauchs-Ueberlaſſung der Gebäude als ſolcher auf öffentlichem Grund und Boden eingeführt worden ſey; denn wenn wir auch darin der Bemerkung v. Schröter's, in Linde's Zeitſchrift Bd. II. Heft 2. S. 247. beitreten müſſen, daß die Superficies auch in solo publico vorgekommen ſey, fr. 32. de contrah. emt. (18. 1.) fr. 2. §. 17. ne quid in loco publ. (43. 8.) c. 1. C. de div. praed. urb. (11. 69.), ſo hatte doch der Prätor die actio in rem de superficie urſprünglich wohl nicht hierauf beſchränkt, wie ſchon daraus vermuthet werden dürfte, daß zu der Zeit, als der Prätor die actio in rem de superficie einführte, — was jedenfalls erſt im ſpäteren Rechte geſchah, wie aus der Darſtellung Ulpian's in fr. 1. §. 1. de superficieb. (43. 18.) und aus dem *hodie* des *Paulus* in fr. 16. §. 16. §. 2. de pign. act. (13. 7.) erhellet, — das Inſtitut der Emphyteuſe auch ſchon bei Grundſtücken der Privaten vorkam, und demnach auch der Prätor überall da, wo die Abſicht der Contrahenten auf eine freiere und ſelbſtſtändigere Ueberlaſſung der Gebäude, als dieſe in Folge der gewöhnlichen Miethe eintrat, gerichtet war, gleichmäßig die dingliche Klage verſprach, wobei im Zweifel darauf geſehen wurde, ob die Miethe auf eine längere Zeit war abgeſchloſſen worden, fr. 73.

es ſcheint ſogar, daß hier dieſelbe Streitfrage, welche nach Obigem unter den Römiſchen Juriſten über das der Ueberlaſſung der emphyteutiſchen Grundſtücke zu Grunde liegende Rechtsgeſchäft obwaltete, Statt gefunden habe; wenigſtens dürfte dafür eine Aeußerung von Ulpian ſprechen:

Ulpianus libro LXX. ad edictum.

Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est; nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur; sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe utilius visum est, *quia incertum erat, an locatio existeret* [1]),

§. 1. fr. 74 u. 75. de R. V. (6. 1.) fr. 1. §. 3. de superficieb. (43. 18.). Dagegen ſoll aber auch nicht geläugnet werden, daß an den auf einem ager vectigalis errichteten Gebäuden ſchon vor Einführung der actio in rem de superficie den Beſitzern daſſelbe Recht zugeſtanden habe, wie an dem ager vectigalis überhaupt, nur waren dies dann keine superficiariae aedes, ſondern es waren vectigales aedes, d. h. der Beſitzer war nicht blos an dem Gebäude als ſolchem, als gleichſam ſelbſtſtändiger Sache, berechtigt, ſondern er war als Beſitzer des Grund und Bodens zugleich auch Beſitzer des Gebäudes, fr. 23. de usurp. (41. 3.) und hatte daher auch die actio in rem vectigalis, nicht aber de superficie. fr. 15. §. 26. de damno infecto (39. 2.), und bei Beſitzſtörungen das interdictum uti possidetis, nicht aber das de superficiebus. In dem fr. 15. §. 26. cit. halten wir die Leſeart: si de *vectigalibus aedibus* non caveatur, für richtig, obgleich nach Gebauer in einigen Manuſcripten aedibus fehlt. Vergl. auch von Buchholz, juriſtiſche Abhandlungen. Nro. 25. S. 306. Note 2.

1) Sintenis, in der Ueberſetzung des corpus juris in's Deutſche Bd. IV. S. 464. bezieht dieſe Worte auf den öfters nicht genau nachzuweiſenden Urſprung der Superficies; allein dann hätte, abgeſehen davon, daß ſich nicht einſehen läßt, wie dies als Grund der Einführung einer dinglichen Klage für den Superficiar hätte angeführt werden können, Ulpian ſich nicht ſo ausdrücken dürfen, wie er gethan hat, ſondern er hätte etwa ſagen

et quia melius est possidere potius, quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri [1]).

Daß der Superficiar kein dominium, auch kein dominium utile an der Superficies erhalte, mogte ihm dieſelbe auch durch Verkauf eingeräumt worden ſeyn, verſtand ſich hier von ſelbſt, weil ſchon nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen ein abgeſondertes Eigenthum an einer noch mit dem Grund und Boden verbundenen Sache nicht vorkommen kann, und daher auch nicht an einem mit dem Grund und Boden verbundenen Gebäude; es iſt vielmehr der Eigenthümer des Grund und Bodens auch Eigenthümer des Gebäudes, aber nicht als einer ſelbtſtändigen Sache, ſondern blos als einer accessio ſeines Grund und Bodens [2]), und er kann demnach ſelbſt durch ſeinen Willen es nicht dahin bringen, daß ein Anderer Eigenthümer des auf ſeinem Grundſtücke errichteten Gebäudes werde, und er Eigenthümer des Grundſtückes bleibe:

Gajus libro XXV. ad edictum provinciale.

Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum [3]).

Demnach konnte die Ueberlaſſung des Gebäudes immer nur in der Art geſchehen, daß die Ausübung des Eigenthums auf den, dem die Superficies war eingeräumt worden, als übergegangen betrachtet wurde, und zu dieſem Behufe konnte man ſich ſowohl des Kaufes als auch der Miethe bedienen. Indeſſen gab hier die Römiſche Doktrin und Praxis dem Superficiar nicht eine utilis in rem actio, wie dies Ulpian in

müſſen: quia incertum esse potest u. ſ. f.; ſo aber gibt er als Grund der Einführung der dinglichen Klage auch den an, daß es ungewiß geweſen ſey, ob eine Miethe beſtehe.

1) fr. 1. §. 1. de superficiebus. (43. 18.)

2) *Gajus* II. 73 §. 29 u. 30. J. de rer. div. (2. 1.) fr. 23. §. 6. de R. V. (6. 1.) fr. 50. ad leg. Aquil. (9. 2.) fr. 44. §. 1. O et A. (44. 7.)

3) fr. 2. de superficiebus. (43. 18.)

der oben angeführten Stelle ausdrücklich ſagt, ſondern er hatte nur eine perſönliche Klage aus dem Kaufe oder der Miethe, wovon wohl der Grund darin lag, daß ſich hier nicht, wie bei der Emphyteuſe, ein ſelbſtſtändiger Beſitz der Superficies annehmen, und daher auch keine ſelbſtſtändige actio in rem auf Verfolgung der Superficies als ſolcher einräumen ließ. Erſt der Prätor half hier dadurch aus, daß er den Superficiar als ſelbſtſtändigen Beſitzer der Superficies zu behandeln und ihm demnach auch eine ſelbſtſtändige, gleichſam auf Verfolgung der Superficies als ſelbſtſtändiger Sache gerichtete Klage (quasi in rem actio) einzuräumen verſprach, woraus dann Ulpian zu folgern ſcheint, daß auch gegen den Superficiar, weil dieſer jetzt gleichſam als ſelbſtſtändiger Beſitzer der Superficies angeſehen werde, dingliche Klagen angeſtellt werden könnten:

Ulpianus libro LXX. ad edictum.

Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari, et quasi usumfructum sive usum quendam inesse et constitui posse per utiles actiones credendum est [1]).

---

1) fr. 1. §. 6. de superficiebus (43. 18.). Wir haben dieſe Stelle im Texte in dem Sinne verſtanden, welchen ihr Sintenis in der Ueberſetzung des corpus juris in's Deutſche Bd. IV. S. 464. Note 55. unterſtellt. Indeſſen ſind die Anſichten über den Inhalt dieſer Stelle ſehr verſchieden. Vielleicht will aber Ulpian in der angeführten Stelle nur ſagen, daß, ſo wie dem Superficiar, wenn er aus dem Beſitze gekommen ſey, eine dingliche Klage gegen jeden Dritten gegeben werde (in rem actio de superficie), ſo müſſe ihm auch eine Klage gegen den Beſteller der Superficies auf Einräumung derſelben (in superficiem) gegeben werden; wo alſo das „*petitori*“ auf den Superficiar ſich beziehen, und die Anſicht derjenigen Rechtslehrer, welche zur Begründung der Superficies keine Tradition erfordern, eine Beſtätigung erhalten würde. So viel iſt wenigſtens gewiß, daß Ulpian hier von der Beſtellung der Superficies handelt, wie aus dem „constitui posse“ und aus der Faſſung des §. 7: sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit, erhellet.

Daß nun der Superficiar durch die ihm vom Prätor ertheilte utilis oder quasi in rem actio nicht ein prätoriſches Eigenthum, ein dominium utile in dieſem Sinne erlangt habe, dagen ſtreiten, außer der hier noch hinzutretenden Unmöglichkeit aus dem Verbundenſeyn des Gebäudes mit dem fremden Grund und Boden, alle Gründe, welche oben gegen die Zuläſſigkeit eines dem Emphyteuta zuſtehenden dominium utile ſind vorgebracht worden, insbeſondere wieder der Umſtand, daß auch hier das dingliche Recht des Superficiars durch ein Geſchäft begründet werden kann, welches nicht auf eine Veräußerung, selbſt nicht nach prätoriſchem Rechte, ſondern nur auf Gebrauchsgeſtattung gerichtet iſt, nämlich durch **Vermiethung** des Gebäudes; und daß dieſe als die gewöhnliche Entſtehungsart der Superficies betrachtet wurde, geht nicht blos aus mehreren Stellen hervor [1]), ſondern es ſpricht hierfür unwiderleglich, daß der Prätor das interdictum de superficiebus und die actio in rem zunächſt an die lex locationis angeſchloſſen hatte:

Ulpianus libro LXX. ad edictum.

Ait praetor: *uti ex lege locationis sive conductionis superficie qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruemini*, quominus fruamini, vim fieri veto. *Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo* [2]).

Quod ait praetor: *si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*, sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet [3]).

Sonach kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß eine Superficies auch durch den contractus emphyteuticarius be-

1) fr. 2. de superf. (43. 18.) fr. 18. §. 4. de damno infecto (39. 2.) cf. fr. 74. de R. V. (6. 1.) fr. 39. §. 2. de damno inf. (39. 2.)
2) fr. 1. pr. de superficieb. (43. 8.)
3) fr. 1. §. 3. eod. (43. 18.)

gründet werden kann [1]), und der Streit, den man darüber geführt hat, ob eine Emphyteuſe auch an einem Gebäude als ſolchem könne beſtellt werden [2]), beruht nach unſerer Anſicht blos auf dem Umſtande, daß man, während da, wo von den Entſtehungsgründen der Superficies gehandelt wird, auch die Möglichkeit der Begründung derſelben durch den emphyteutiſchen Kontrakt, und demnach auch nach den Bedingungen dieſes Kontraktes, anzuführen geweſen wäre, immer nur bei der Lehre von den Objekten der Emphyteuſe gefragt hat, ob auch Gebäude als ſolche unter denſelben aufzuführen ſeyen. Hierbei überſieht man den hiſtoriſchen Zuſammenhang. Hätte man nämlich, ſchon ehe der Prätor für die Superficies eigene Rechtsmittel, namentlich eine eigene dingliche Klage einführte, und dadurch das Recht des Superficiars als beſonderes jus in re begründete, auch Gebäude als ſolche für Gegenſtände der Emphyteuſe als eines ſchon im Civilrechte als dinglichen Rechtes anerkannten Inſtitutes angeſehen, ſo würde der Prätor gar nicht nöthig gehabt haben, für den Fall der unabhängigen Gebrauchs-Ueberlaſſung der Gebäude als ſolcher, eine eigene dingliche Klage einzuführen, da ja dann ſchon die civilrechtliche Klage hingereicht hätte. Gerade der Umſtand aber, daß ſich, wie ſchon oben bemerkt wurde, bei der Superficies nicht wie bei der Emphyteuſe ein ſelbſtſtändiger Beſitz und demnach auch nicht eine auf Verfolgung der Superficies als ſelbſtſtändiger Sache gerichtete Klage annehmen ließ, veranlaßte den Prätor auf ſeine Weiſe dem Bedürfniſſe abzuhelfen, und ſonach iſt die unabhängige Gebrauchs-Ueberlaſſung eines Gebäudes als ſolche ſtets bei der Lehre von der Superficies als einem prätoriſchen Inſtitute aufzuführen, mag der ſie begründende Vertrag auch die Natur des Zeno'ſchen contractus emphyteuticarius

1) Nov. 7. c. 3. §. 1 u. 2. und Nov. 120. c. 1. §. 2.

2) Bejaht wird dieſe Frage z. B. von Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 630. von Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. I. §. 157. *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 298. von Buchholz, juriſtiſche Abhandl. Nro. 25. S. 306 - 309.

haben, indem hierdurch nicht die innere Natur des Rechtes verändert iſt, ſondern nur die Bedingungen, unter welchen es zuſtehen ſoll, anders gefaßt ſeyn können, als wenn daſſelbe durch Kauf oder nach den allgemeinen Grundſätzen der Miethe iſt überlaſſen worden; namentlich wird alſo der Beſitz ſich ſtets nach den Grundſätzen des Beſitzes der Superficies richten, und daher auch zum Schutze deſſelben nicht das interdictum uti possidetis, ſondern immer nur das interdictum de superficiebus, und zur Verfolgung der Superficies immer nur die prätoriſche actio de superficie zuſtehen.

Da nun der contractus emphyteuticarius ſo wenig wie die locatio auf Veräußerung, ſondern immer nur auf die Ueberlaſſung des Gebrauches oder der Benutzung einer Sache gerichtet iſt, ſo dient auch die Möglichkeit der Begründung des Rechtes an einer Superficies durch den emphyteutiſchen Kontrakt, zur Widerlegung der Anſicht, daß dem Superficiar ein dominium utile zuſtehe. Zwar kann die Superficies auch durch Kauf, Schenkung u. dgl. überlaſſen werden; allein dies ſind nur andere Formen der Begründung des Rechtes, haben aber auf die Natur des Rechtes keinen Einfluß, da man auch die Benutzung einer Sache oder die bloſe Ausübung eines Rechtes verkaufen und verſchenken kann, wie ja, ſo lange der Prätor dem Superficiar noch nicht den Beſitz der Superficies und die dingliche Klage aus derſelben eingeräumt hatte, ſelbſt der Käufer einer Superficies immer nur eine perſönliche Klage aus dem Kaufe gegen den Eigenthümer, auf Gewährung der freien Benutzung, nicht aber eine actio in rem hatte.

So wenig wir nun aber auf der einen Seite dem Superficiar ein dominium utile zuſchreiben können, ſo wenig können wir ihm auch ein aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchiedenes, faſt alle Eigenthumsrechte umfaſſendes und nach ſeiner Ausſcheidung als ſelbſtſtändiges Rechtsobjekt (jus im Sinne der Servituten) erſcheinendes jus in re zuerkennen, ſelbſt nicht ſo, daß dieſes jus hier zwar nicht nach Civilrecht (jure), aber doch nach prätoriſchem Rechte (tuitione prae-

toris) als ausgeſchieden und beſtehend in Betracht komme [1]); denn auch der Prätor erfordert zur Veräußerung ſelbſt einzelner intellektueller Eigenthums-Befugniſſe immer auch ein auf Veräußerung gerichtetes Geſchäft, hätte alſo nicht an die locatio das dingliche Recht des Superficiars knüpfen können, hätte er daſſelbe als aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchiedenes ſelbſtſtändiges Recht conſtituiren wollen. Auch enthielt die Superficies jedenfalls eine Nachbildung der Emphyteuſe, und iſt es uns gelungen bei dieſer nachzuweiſen, daß ſie nicht ein aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchiedenes Recht ſey, ſo dürfte ſchon die Analogie der Emphyteuſe hinlänglich dafür ſprechen, daß auch die Superficies nur in dem Sinne ein jus in re ſey, in welchem wir die Emphyteuſe für ein ſolches erkannten, wonach alſo auch die Superficies nur inſofern als jus in re erſcheint, als dem Superficiar das vom Eigenthümer und jedem Dritten unabhängige Recht zuſteht, das Eigenthum an dem fremden Gebäude unmittelbar auszuüben [2]). Auch fürchten wir hier nicht, daß man ſich für die Natur der Superficies als eines jus in re im Sinne der Servituten etwa auf ſolche Stellen berufen werde, wo es von dem Superficiar heißt: *quasi dominus moratur* [3]), oder von der Superficies: *quasi usumfructum vel usum quendam inesse* [4]); denn dieſe Ausdrücke beziehen ſich nur auf ſein unab-

1) Vergl. von Savigny, Beſitz. S. 98. u. 557 — 559.

2) fr. 19. pr. de damno infecto. (39. 2.) *Gajus* ad edictum praetoris urbani, titulo de damno infecto. Eorum qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti jus non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono ex aequo potestas datur, *sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant*, qualis est creditor et fructuarius et *superficiarius*.

3) fr. 3. §. 7. uti possidetis. (43. 17.)

4) fr. 1. §. 6. de superficiebus (43. 18.). Aehnlich verhält es ſich mit dem Ausdrucke *servitus* in fr. 86. §. 4. de leg. 1; denn hier ſteht servitus überhaupt nur in dem Sinne, wo es eine Beläſtigung, eine Laſt des Grundſtückes bezeichnet. Mit eben dem Rechte, mit welchem man aus ſolchen Ausdrücken auf Gleichſtellung der Superficies mit der Servitus ſchließen wollte, würde

hängiges und unmittelbares Gebrauchsrecht an dem Gebäude, in welcher Beziehung der Superficiar allerdings dem Eigenthümer, Uſufruktuar oder Uſuar ähnlich iſt, ſich aber von dieſen weſentlich dadurch unterſcheidet, daß er nicht wie dieſe ein eigenes Recht zur Ausübung bringt, ſondern immer nur ein fremdes, weßhalb es auch von ihm wieder heißt: *quasi inquilinus est* [1]; denn dieſem iſt er gerade in letzterer Beziehung, alſo inſofern ähnlich, als er fremdes Eigenthum zur Ausübung bringt, während er ſich von demſelben, hinſichtlich ſeines unmittelbaren und unabhängigen Ausübungsrechtes, auf der andern Seite wieder weſentlich unterſcheidet.

Iſt nun die Superficies nicht ein, aus dem Eigenthume ausgeſchiedene Beſtandtheile, welche objektiv als ſelbſtſtändiges Recht in Betracht kämen, umfaſſendes jus, ſo folgt von ſelbſt, daß es bei der Superficies auch keine juris possessio geben könne; denn da wo es an dem Objekte fehlt, kann auch kein Beſitz deſſelben vorkommen. Zwar nimmt von Savigny [2]) bei der Superficies eine juris quasi possessio an, aber blos aus dem Grunde, weil er die Superficies ſelbſt als ein jus in re im Sinne der Servituten anſieht. Die Stellen aber, in welchen von Savigny eine ſolche quasi possessio juris finden will [3]), handeln blos von dem Beſitze der Superficies als einer gleichſam ſelbſtſtändigen Sache, ſo daß man bei der Superficies von einer *quasi corporis possessio* reden könnte, gerade wie Ulpian die actio de superficie eine *quasi in*

---

man aus dem Ausdrucke Ulpian's in fr. 9. §. 4. de damno infecto (39. 1.): si *solum sit alterius*, *superficies alterius*, und dem: *quasi dominus moratur* in fr. 3. §. 7. uti possidetis. (43. 17.) mit Du Roi, Archiv. Bd. VI. S. 386 u. 387. auf ein Eigenthum des Superficiars ſchließen können.

1) fr. 3. §. 3. de operis novi nunciat. (39. 1.)

2) Beſitz. §. 9. S. 98. §. 23. S. 289 — 293. §. 47. S. 557 — 559. Ihm folgen Roßhirt, im Archiv. Bd. VIII. Heft 1. §. 3. *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 302. Sintenis, in der Ueberſetzung des corpus juris in's Deutſche. Bd. IV. S. 463.

3) fr. 3. §. 7. uti possidetis. (43. 17.)

rem actio [1]) nennt. Es iſt nämlich, wie von Savigny [2]) ſehr richtig bemerkt, an ſich eine ſelbſtſtändige possessio der Superficies ſo wenig möglich, als ein ſelbſtſtändiges Eigenthum, und gerade hierin lag der Grund, weßhalb nicht ſchon im Civilrechte, wie bei der Emphyteuſe, ſo auch bei der Superficies, Beſitz und dingliche Klage war angenommen worden. Selbſt für den Prätor war es unmöglich, die naturalis ratio abzuändern, und demnach mußte er auch den Beſitzer des Grund und Bodens als Beſitzer der Superficies anerkennen; allein er verſprach doch den Superficiar ſo zu behandeln, als wenn er im ſelbſtſtändigen Beſitze des Gebäudes ſich befände, und führte zu dieſem Behufe das interdictum de superficiebus ein. Das interdictum uti possidetis konnte er ihm nicht geben, denn dieſes ſetzt wirklichen Beſitz voraus, und dieſen hatte nur der Beſitzer des Grund und Bodens, weßhalb dieſer auch, wenn er mit dem interdictum uti possidetis gegen den ſuperficiariſchen Beſitzer auftritt, im Interdikts-Verfahren potior ſeyn muß, d. h. der Richter muß ihm den Beſitz, wie des Grundſtückes, ſo auch des Gebäudes, zuerkennen, daneben aber doch den Superficiar in ſeinem unmittelbaren Verhältniſſe zum Gebäude, und zwar ex lege locationis ſo ſchützen, als wäre er im ſelbſtſtändigen Beſitze deſſelben [3]); was dann in dieſer Weiſe auch eintreten muß, wenn der Superficiar mit dem interdictum de superficiebus gegen den Beſitzer des Grundſtückes auftritt [4]).

1) fr. 1. §. 1. de superficieb. (43. 18.)

2) Beſitz. §. 22. S. 260. §. 557 u. 558.

3) fr. 3. §. 7. uti possidetis. (43. 17.) *Ulpianus* libro LXIX. ad edictum . . . . Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utentur; *dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit in interdicto uti possidetis, sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis.* Et ita Pomponius quoque probat. Eine theilweiſe abweichende Erklärung dieſer Stelle gibt von Schröter, in Linde's Zeitſchr. Bd. II. Heft 2. S. 249 — 254.

4) Gegen von Savigny, alſo für die corporis possessio des Superficiars haben ſich erklärt: Du Roi, Archiv. Bd. VI.

Hiernach erklärt ſich nun auch, wie dem Superficiar eine quasi oder auch utilis rei vindicatio zuſtehen ſoll [1]), was unmöglich wäre, wenn das unmittelbare Objekt ſeines Rechtes nicht das Gebäude ſelbſt als gleichſam ſelbſtſtändige Sache, ſondern ein aus dem Eigenthume abgelöſ'tes jus wäre; es erklärt ſich ferner, wie dem Superficiar alle dem Eigenthümer direkt zuſtehenden Klagen utiliter beigelegt werden können, namentlich utilis confessoria und negatoria [2]), utilis actio

---

S. 396. Huſchke, in der Tübinger krit. Zeiſchrift. Bd. II. S. 354. Unterholzner, Verjährungslehre. Bd. II. §. 237. S. 246. von Schröter, in Linde's Zeitſchrift. Bd. II. Heft 2. S. 244 folg. von Buchholtz, Verſuche. Nro. VIII. S. 83 folg., und Juriſtiſche Abhandl. Nro. 25. S. 321. Vergl. von Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 109.

1) fr. 16. §. 2. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 3. §. 3. de novi operis nunciat. (39. 1.) fr. 3. §. 7. uti possidetis. (43. 17.) fr. 1. §. 1. 3. 4 u. 6. de superficieb. (43. 18.) fr. 73. §. 1. fr. 74 u. 75. de rei vindicatione (6. 1.). Zwar wendet von Savigny, Beſitz. §. 23. S. 292. Note 1. gegen Du Roi, der gerade wegen der im Titel de rei vindicatione vorkommenden Stellen die actio in rem de superficie für eine utilis rei vindicatio erklärt, ein, daß er hierin wohl zu weit gehe. Allein wenn wir auch von Du Roi darin abweichen, daß wir dem Superficiar kein Eigenthum beilegen, ſo glauben wir doch mit ihm, daß die Stellung der aus dem Titel de rei vindicatione angezogenen Fragmente auf die Natur der actio de superficie als einer utilis rei vindicatio ſchließen laſſe. Jedenfalls aber beweiſ't die dem Superficiar auf Verfolgung der dem Gebäude zuſtehenden Servituten geſtattete utilis confessoria, ſo wie die utilis negatoria auf Ableugnung der an dem Gebäude in Anſpruch genommenen Servituten, daß die utilis in rem actio des Superficiars keine juris, ſondern vielmehr eine rei vindicatio ſey; denn wer die Sache nicht vindiciren kann, kann auch nicht ſolche Rechte, welche dem corpus ſelbſt ankleben, in Anſpruch nehmen. Hätte demnach der Superficiar nur eine juris vindicatio, ſo würde er auch nur wie der Uſufruktuar ſein jus vindiciren können, fr. 1. pr. fr. 5. si ususfr. pet. (7. 6.), nicht aber die dem Grundſtücke zuſtehende Servitut ſelbſt.

2) fr. 3. §. 3. de operis novi nunciat. (39. 1.). Gerade das Recht des Superficiars mit der utilis confessoria oder negatoria auf-

communi dividundo [1]) und familiae herciscundae [2]) und operis novi nunciatio [3]); denn er hat das Recht der unmittelbaren und unabhängigen Ausübung des Eigenthums an dem fremden Gebäude, wie der Emphyteuta die unmittelbare und unabhängige Ausübung des Eigenthums an fremdem Grund und Boden hat. Auch iſt die utilis rei vindicatio des Superficiars wieder eine ſelbſtſtändige, an ſein ſuperficiariſches Recht geknüpfte Klage, nicht aber eine Eigenthumsklage, weder aus dem Eigenthume des die Superficies conſtituirenden Eigenthümers des Grundſtückes, noch aus dem Eigenthume des Superficiars; und deshalb hat er auch wegen ſeiner eigenen bonae fidei possessio wieder die Publiciana in rem actio [4]), die hier auf demſelben Geſichtspunkte beruht, wie die des emphyteuta. So wie wir ferner die Möglichkeit der Begründung der Emphyteuſe durch Erſitzung geleugnet halten, ſo und aus denſelben Gründen müſſen wir auch die Begründung der Superficies durch Erſitzung leugnen. Unpaſſend iſt es indeſſen, wenn man ſich für die Unzuläſſigkeit der Erſitzung, als Entſtehungsgrund der Superficies, auf ſolche Stellen beruft [5]), worin geſagt wird, eine Superficies könne durch usucapio oder longi temporis possessio nicht erworben werden [6]); denn dieſe Stellen

---

treten zu können, liefert auch wieder den deutlichſten Beweis für ſeine corporis possessio. Vergl. die Note 2. auf S. 45—46.

1) fr. 10. pr. fam. hercisc. (10. 2.)

2) fr. 1. §. 8. de superficieb. (43. 18.)

3) fr. 3. §. 3. de operis novi nunciat. (39. 1.)

4) fr. 12. §. 3. de Publ. act. (6. 2.)

5) von Buchholtz, juriſtiſche Abhandlungen. Nro. 25. S. 321. Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 302.

6) fr. 12. §. 2 u. 3. de Publ. act. (6. 2.) *Paulus* libro XIX. ad edictum. In vectigalibus et *in* aliis *praediis quae usucapi non possunt*, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. *Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.*

fr. 26. de usurp. (41. 3.) *Ulpianus* libro XXIV. ad Sabinum. *Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest.*

handeln nur von der Möglichkeit des Eigenthums-Erwerbs an der Superficies durch fortgeſetzten Beſitz [1]. Ueber die Ausſchließung der Erſitzung als Entſtehungsgrund der Superficies als jus in re finden ſich aber eben ſo wenig Stellen, als über die Ausſchließung derſelben bei der Emphyteuſe und dem Pfandrechte, und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil es hier an einem Gegenſtande der Erſitzung, nämlich an einem von dem Eigenthume losgetrennten, als ſelbſtſtändiges Objekt des Eigenthums-Erwerbs in Betracht kommenden *jus*, und demnach auch an der anderen nothwendigen Bedingung derſelben, dem Beſitze dieſes *jus*, gebrach, weßhalb es hier ganz an der Veranlaſſung fehlte, von der Erſitzung dieſer Rechte zu handeln, während dagegen, wegen des bei dieſen Rechten vorkommenden Beſitzes der körperlichen Sache, die Bemerkung, daß dieſer Beſitz doch nicht zur Uſucapion der Sache führe, ſehr nahe lag, und eben deshalb auch wiederholt gemacht wird [2].

Durch die vorſtehenden Bemerkungen hoffen wir unſere Anſicht über die verſchiedenartige Natur der einzelnen jura in re (aliena) hinlänglich entwickelt zu haben; doch dürfte es, ehe wir zur Darſtellung der über die Verpfändung derſelben geltenden Grundſätze übergehen, paſſend ſeyn, die gewonnenen Reſultate zu einer leichteren Ueberſicht kurz zuſammen zu faſſen. Hiernach wäre das gemeinſchaftliche Merkmal aller ſ. g. jura in re aliena, daß Jemand unmittelbar, d. h. hier unabhängig von dem Eigenthümer und jedem Dritten, in Beziehung auf eine Sache, berechtigt iſt, während ſie rückſichtlich des Umfanges und der inneren Natur dieſer Berechtigung ſich weſentlich von einander unterſcheiden. Zunächſt nämlich läßt ſich die servitus allen übrigen jura in re in der Art entgegenſetzen, daß nur ſie ſich, als aus dem intellektuellen Umfange des Eigen-

1) *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 301. nota 10.

2) fr. 13. pr. de usurpat. (41. 3.) fr. 11. de divers. temp. praescr. (44. 3.) c. 10 u. 12. C. de pignorat. act. (4. 24.) — fr. 12. §. 2 u. 3. de Publ. act. (6. 2.) fr. 15. §. 26. de damno infecto. (39. 2.) fr. 26. cftur fr. 39. de usurp. (41. 3.)

thums ausgeſchiedenes und ein ſelbſtſtändiges Rechtsobjekt bildendes jus, darſtellt, bei welchem daher auch allein quasi possessio, quasi dominium und vindicatio juris, ſo wie Erwerb durch fortgeſetzten Beſitz vorkömmt. Während alſo hier nicht die körperliche Sache ſelbſt den unmittelbaren Gegenſtand des Rechtes ausmacht, ſondern vielmehr das aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchiedene jus, verhält ſich dies bei allen übrigen jura in re ganz anders; denn bei dieſen iſt immer die körperliche Sache ſelbſt unmittelbares Objekt des Rechtes, und demnach findet ſich auch bei dieſen weder juris possessio, noch juris dominium, noch juris vindicatio, und daher auch kein Erwerb des Rechtes durch fortgeſetzten Beſitz, ſondern immer nur corporis possessio und corporis vindicatio, zum Behufe der unabhängigen Ausübung des fremden Eigenthums. Unter dieſen zeichnet ſich dann das Pfandrecht wieder inſofern aus, daß dieſes, auf dem Geſichtspunkte der obligatio rei beruhend, dem Gläubiger zunächſt keine weiteren Rechte an der Sache gibt, als daß ihm dieſe für ſeine Forderung in der Art haftet, daß er zum Zwecke ſeiner Sicherheit mit einer utilis rei vindicatio den Beſitz der Sache von jedem dritten Beſitzer ſich verſchaffen und die Sache zum Zwecke ſeiner endlichen Befriedigung veräußern darf; in welcher letzteren Beziehung er jedoch, ſo weit er hier nicht *ſein* Recht, alſo nicht *ſein Pfandrecht*, ſondern vielmehr das *fremde Eigenthum* veräußert, immer nur als Prokurator des Verpfänders handelt. Dagegen ſtehen Emphyteuſe und Superficies ſich inſofern gleich, als ſie einmal nicht wie das Pfandrecht acceſſoriſche Rechte ſind, ſodann aber auch dem Berechtigten immer die volle und unabhängige Ausübung des Eigenthums an der ihr Objekt bildenden fremden Sache gewähren, unterſcheiden ſich aber, auf ihre innere Natur geſehen, gerade durch die Verſchiedenheit ihres Objekts; denn während dies bei der Emphyteuſe in einem Grundſtücke beſteht, an welchem die possessio des emphyteuta die des Eigenthümers ausſchließt [1],

1) Wenigſtens die possessio ad interdicta: ob auch die ad usu-

beſteht daſſelbe bei der Superficies in einem auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäude, an welchem eben eine ſelbſtſtändige possessio nicht möglich iſt, weßhalb hier der Beſitzer des Grund und Bodens auch an ſich immer noch im Beſitze des Gebäudes ſich befindet, nur daß der Prätor den Superficiar ſo behandelt, als befinde er ſich gleichſam im ſelbſtſtändigen Beſitze des Gebäudes, und ihm aus dieſem Geſichtspunkte auch eine auf Verfolgung der Superficies als gleichſam ſelbſtſtändiger Sache gerichtete quasi oder utilis rei vindicatio geſtattet, während die utilis rei vindicatio des Emphyteuta ſchon im Civilrechte gegründet iſt [1]).

Die bisherige Unterſuchung über die verſchiedene Natur der einzelnen jura in re dürfte uns nun die folgende Unterſuchung über die Wirkungen der Verpfändung eines ſolchen Rechtes bedeutend erleichtert haben; ja es muß die folgende Lehre ſelbſt wieder zum Prüfſtein unſerer bisherigen Reſultate dienen, und auf dieſe Weiſe deren Richtigkeit beſtätigen.

Es wurde ſchon wiederholt bemerkt, daß das Pfandrecht von den übrigen jura in re ſich auch namentlich in der Hinſicht unterſcheide, daß daſſelbe nicht blos an körperlichen, ſondern auch an unkörperlichen Sachen, namentlich an Rechten, beſtellt werden könne, jedoch blos inſoweit als dieſe ſich als Objekte des Vermögens im engeren Sinne darſtellen, und demnach dem Gläubiger eine Sicherheit gewähren können [2]).

---

capionem, iſt zweifelhaft. Vergl. von Buchholz, Verſuche. Nro. VIII. S. 82.

1) Ueber ſonſtige Verſchiedenheiten zwiſchen Emphyteuſe und Superficies vergl. man von Buchholz, juriſtiſche Abhandl. Nro. 25. S. 305 – 322.

2) fr. 1. § 1. 2. quae res pignori. (20. 3.) *Marcianus* libro singulari ad formulam hypothecariam. Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest. cf. fr. 24. de pignorib. (20. 1.) *Modestinus* libro V. regularum. In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. Weſtphal,

Anerkannt iſt die Verpfändung von Forderungsrechten 1) und Servituten 2); aber auch der Pfandgläubiger ſelbſt ſoll ein Afterpfand beſtellen können 3), und ebenſo finden wir auch die Befugniß zu verpfänden bei dem Emphyteuta 4) und Superficiar 5) angeführt. Im Allgemeinen iſt von den angegebenen Begründungsarten des Pfandrechtes zunächſt ſo viel zu bemerken, daß ſie alle erſt auf ſpäterer Erweiterung des dem Pfandrechte urſprünglich zu Grunde liegenden Geſichtspunktes, wonach ein Pfandrecht nur

---

Pfandrecht. §. 59, bezieht dieſe Stelle auf die Bedienten der Provinz-Vorſteher, welche nach fr. 62. pr. de contrah. emt. (18. 1.) in der Provinz keine Grundſtücke hätten kaufen, aber doch nach fr. 34. de reb. cred. (12. 1.) Geld ausleihen und ſich daher auch zur Sicherheit Grundſtücke verpfänden laſſen können. Schon Bartolus verſteht aber dieſe Stelle ganz allgemein von den Fällen, wo Jemand blos perſönlich nicht fähig iſt, das Eigenthum einer Sache zu erwerben, während es an der Commerzfähigkeit der Sache nicht gebricht; wonach alſo die objektive Unfähigkeit, das Eigenthum einer Sache zu erwerben, die Möglichkeit des Erwerbes eines Pfandrechtes nicht ausſchließen würde, während natürlich da, wo die Sache ſelbſt nicht in commercio iſt, auch die Verpfändung ausgeſchloſſen ſeyn muß. Vergl. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 329.

1) fr. 11. §. 2 u. 3. fr. 12. de pign. (20. 1.) fr. 15. pr. eod. fr. 11. §. 3. qui potiores. (20. 4.) c. 1. C. si pignus pignori. (8 24.)

2) fr. 20. de pign. (20. 1.) fr. 15. §. 8 u. 9. de re jud. (42. 1.) c. 7. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.) c. 4. C. quae res pignori (8. 17.). Vergl. hierüber Gesterding, über die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts. Greifswald 1812, und in der Lehre vom Pfandrechte S. 76 — 78. *Gaupp*, de nominis pignore. Berol. 1820. *Huschke*, de pignore nominis. Götting. 1820. Mühlenbruch, Ceſſion. 2te Aufl. S. 183. Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. I. Nro. 1.

3) fr. 40. §. 2. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 13. §. 2. de pign. (20. 1). fr. 33. §. 4 — 6. de usurpat. (41. 3.) fr. 14. §. 8. de divers. temp. praescript. (44. 3.). *Tit. C. si pignus pignori datum sit.* (8. 24.)

4) fr. 16. §. 2. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 31. de pignorib. (20. 1.)

5) fr. 16. §. 2. cit. fr. 15. qui potiores. (20. 4.)

an körperlichen Sachen, und zwar nur vom Eigenthümer beſtellt werden konnte, beruhen [1]), weßhalb auch die Klage des Pfandgläubigers ſich hier immer nur als eine utilis Serviana, in dem von uns, nach von Löhr [2]), entwickelten Sinne [3]), darſtellt. Im Uebrigen aber ſind die Anſichten unſerer Rechtslehrer, was die Wirkungen der Verpfändung, wenigſtens der einzelnen jura in re, die uns hier allein beſchäftigen, betrifft, ſehr verſchieden, wovon, abgeſehen von den ſich bei dieſer Lehre darbietenden inneren Schwierigkeiten, wie ſchon bemerkt wurde, der beſondere Grund in den verſchiedenen Anſichten unſerer Rechtslehrer über die einzelnen jura in re ſelbſt liegt. Wir halten es nun wieder für das Paſſendſte bei der Entwickelung der hier geltenden Grundſätze, die Wirkungen der Verpfändung jedes einzelnen jus in re abgeſondert zu betrachten, und wenden uns daher:

I. zur Verpfändung der Servituten. Eine Verpfändung einer Servitut läßt ſich im Allgemeinen in doppelter Weiſe denken, nämlich entweder ſo, daß der Eigenthümer zur Sicherung einer Forderung dem Gläubiger eine Servitut an ſeiner Sache pfandweiſe einräumt, oder ſo, daß eine ſchon beſtehende Servitut von dem Inhaber verpfändet wird; und wirklich finden wir auch beide Arten der Beſtellung eines Pfand-

---

1) Deshalb heißt es von der Verpfändung der Servituten: „*usus fructus* an possit *pignori hypothecaeve dari, quaesitum est.*“ fr. 11. §. 2. de pign. (20. 1.), und von der pfandweiſen Einräumung einer *servitus rustica: „propter utilitatem contrahentium admittenda est.*“ fr. 12. eod.; von der Beſtellung eines Afterpfandes: „*Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit.*“ fr. 13. §. 1. de pign. (20. 1.) cf. c. 1. C. si pignus pignori (8. 24.). Ebenſo da, wo der Emphyteuta das emphyteutiſche Grundſtück verpfändet hatte: „*Quaesitum est an recte pignori datus esset?*“ Vergl. Hepp, Archiv. Bd. XIII. Heft 3. S. 343.

2) In ſeinem und von Grolman's Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung. Bd. III. Heft 1. Nro. IV. S. 139.

3) Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. IX. S. 116 u. 117.

rechtes an einer Servitut in unſeren Quellen zugelaſſen [1]). Da jedoch die Wirkungen der Verpfändung in beiden Fällen verſchieden ſeyn dürften, ſollen beide Fälle abgeſondert betrachtet werden. Was demnach:

A) die pfandweiſe Einräumung einer Servitut von Seite des Eigenthümers der dienenden Sache betrifft, ſo hat dieſe, mag eine servitus praedii oder personae verpfändet werden, inſofern immer etwas Singuläres, als hier vor der Verpfändung das zu verpfändende Objekt, wenigſtens als etwas Selbſtſtändiges, noch gar nicht beſtand [2]), indem die, die pfandweiſe eingeräumte Servitut bildenden, Befugniſſe, vor ihrer Verpfändung bei dem Eigenthümer nicht als ſelbſtſtändiges Recht neben dem Eigenthume beſtanden, ſondern nur Ausflüſſe ſeines Eigenthums bildeten, da eben Niemand an ſeiner eigenen Sache eine Servitut haben kann [3]). Geſterding [4]) nimmt nun an, daß im Augenblicke der Verpfändung auch die das Pfandrecht bildende Servitut conſtituirt werde, während Hepp [5]), Geſterding's Annahme tadelnd, behauptet, daß die Conſtituirung der Servitut nothwendig der Verpfändung vorausgehen müſſe, weil ein Pfandrecht ohne Gegenſtand undenkbar ſey. Man hat aber hierbei die Frage unberückſichtigt gelaſſen: wem die zum Zwecke der Verpfändung und als Objekt des Pfandrechts conſtituirte Servitut zuſtehe, dem verpfändenden Eigenthümer oder dem Pfandgläubiger? Jenem kann ſie als Servitut nicht zuſtehen, einmal wegen des Satzes:

---

1) fr. 11. §. 2. de pignorib. (20 1.). *Marcianus* libro singulari ad formulam hypothecariam. *Ususfructus* an possit pignori hypothecaeve dari? quaesitum est, sive *dominus proprietatis* convenit, sive *ille qui solum usumfructum habet.* Et scribit *Papinianus: tuendum creditorem.* cf. fr. 12. eod.

2) Geſterding, Pfandrecht. S. 70.

3) fr. 5. pr. si ususfr. pet. (7. 6.) fr. 26. de servit. praed. urb (8. 2.) fr. 33. §. 1. de servit. praed. rust. (8. 3.) fr. 10. comm. praed. (8. 4.) fr. 23. de jure dot. (23. 3.)

4) Pfandrecht. S. 70 u. 71.

5) Archiv. Bd. XV. Heft 1. Nro IV. S. 83 u. 84.

nemini res sua servit, ſodann aber auch, weil man ſonſt, bei der pfandweiſen Einräumung einer servitus praedii, auf Seite des Verpfänders neben dem praedium serviens zugleich ein anderes praedium, welches nach der pfandweiſen Conſtituirung der Servitut als praedium dominans erſcheine, vorausſetzen müßte, wo dann aber wieder die Verpfändung geradezu unmöglich wäre, weil eben eine servitus praedii ohne das praedium dominans, alſo ſelbſtſtändig, weder dem Rechte noch der Ausübung nach einem Anderen eingeräumt werden kann [1]); bei der pfandweiſen Einräumung einer servitus personae aber würde man dann die servitus als an die phyſiſche Exiſtenz des Verpfänders geknüpft, und demnach durch das Fortleben des letzteren bedingt betrachten müſſen, so daß nun die Verpfändung hier, abgeſehen davon, daß durch dieſelbe für die Perſon des Eigenthümers eine Servitut an ſeiner eigenen Sache begründet würde, ganz dieſelben Folgen herbeiführen würde, welche durch die Verpfändung einer servitus personae von Seite des Servitut-Berechtigten herbeigeführt werden, wonach dann auch das Pfandrecht mit dem Tode des Verpfänders erlöſchen würde, was doch keiner von beiden Rechtslehrern behauptet; ſo wie man denn überhaupt nicht behauptet hat, daß die vom Eigenthümer an ſeiner Sache pfandweiſe eingeräumte Servitut als Servitut bei dem Verpfänder ſelbſt beſtehe; man hat ſich vielmehr die Servitut als bei dem Pfandgläubiger beſtehend gedacht, ſo daß der Pfandgläubiger zugleich Servitut-Berechtigter wäre, wobei man eine Anomalie nur inſofern fand, als die pfandweiſe Beſtellung einer servitus dem Grundſatze: servitus ad tempus constitui nequit [2])

1) fr. 16. de servit. (8. 1.) fr. 44. locati. (19. 2.) fr. 33. §. 1. de servit. praed. rust. (8. 3.)

2) fr. 4. de servitutibus (8. 1.). *Papinianus* libro VII. quaestionum. Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia: *quam diu volam*, constitui possunt. Sed tamen si haec adjiciantur, per pacti vel per doli exceptionem occur-

zuwider laufe [1]), da hier die Servitut mit der Abtragung der Pfandſchuld hinwegfalle, während von Buchholz [2]) eine weitere Anomalie noch darin findet, daß eine pfandweiſe eingeräumte Servitut, da ſie von dem Pfandgläubiger veräußert

---

retur contra placita servitutem vindicanti, idque et *Sabinum* respondisse *Cassius* retulit, et sibi placere.

1) Hepp, Archiv. Bd. XV. Heft 1. S. 83. Wenn übrigens Hepp die Sache ſo darſtellt, als hätten ſchon die Römiſchen Juriſten die Anomalie der pfandweiſe beſtellten Servitut darin gefunden, daß hier eine servitus ad tempus constituta vorhanden wäre, ſo iſt dies unrichtig, da ſich hiervon nirgends eine Andeutung findet; denn in der Bemerkung des *Paulus* in fr. 12. de pign. (20. 1.), daß eine pfandweiſe Einräumung einer servitus rustica „propter utilitatem contrahentium“ zugelaſſen ſey, iſt doch wohl eine ſolche Andeutug nicht enthalten. Demnach verdient auch Geſterding den ihm gemachten Vorwurf, daß er glaube, das Anomale einer servitus pignoris jure constituta beſſer eingeſehen zu haben, als die Römiſchen Juriſten, nicht; denn Geſterding ſagt nur: „Die Rechtsgelehrten finden es (das Anomale) blos darin, daß der Grundſatz: servitus ad tempus constitui nequit, verletzt werde,“ und bezieht ſich hierfür auf *Vinnius*, select. quaest. lib. I. c. 32. und *Perez*, prael. in C. lib. 8. tit. 17. Nro. 10. Dieſe aber, da ſie die servitus ſelbſt in der Perſon des Gläubigers begründet halten, finden die Anomalie gerade in der Verletzung jenes Grundſatzes, wofür ſie ſich aber nur auf das fr. 4. de servit. (8. 1.) berufen. Uebrigens iſt auch das unpaſſend, was dieſe Juriſten aus dem fr. 4. cit. weiter folgern, daß nämlich die servitus pignori constituta nicht ipso jure, ſondern nur tuitione praetoris beſtehe; denn aus dem fr. 4. cit. würde nur folgen, daß mit Abtragung der Pfandſchuld die servitus nicht ipso jure, ſondern nur ope exceptionis erlöſche. Die servitus ſelbſt iſt aber weder nach Civil- noch nach prätoriſchem Rechte in der Perſon des Gläubigers begründet, ſondern ihm nur verpfändet. Das Pfandrecht iſt dann als dingliches Recht freilich prätoriſchen Urſprungs, allein damit iſt nicht geſagt, daß der Pfandgläubiger prätoriſcher Servitut-Berechtigter ſey, ſonſt müßte man ihn da, wo ihm eine Sache iſt verpfändet worden, auch für den prätoriſchen Eigenthümer halten.

2) Verſuche. Nro. XIV. S. 159 — 161. Vergl. oben S. 12.

werden könne, der Unveräußerlichkeit der Servituten widerſtrebe, oder vielmehr, wegen der Möglichkeit der Veräußerung der Servitut durch den Pfandgläubiger, die Unveräußerlichkeit für kein weſentliches Merkmal der Servituten erkennen will. Allein das Anomale würde hier darin liegen, daß ein Pfandrecht eine Servitut, oder eine Servitut ein Pfandrecht wäre, mit andern Worten, daß hier ein pignus in re propria im eigentlichen Sinne beſtände, wo aber auch die res propria wieder durch das Pfandrecht, welches dem quasi dominus an derſelben zuſtände, bedingt wäre [1]). Es ſcheint uns aber, daß

1) Wenigſtens inſofern als mit der Abtragung der Pfandſchuld das Pfandrecht und damit auch die servitus in der Perſon des Gläubigers aufhören müßte; denn rückſichtlich der Veräußerung im Falle der Nichtbefriedigung denkt man ſich die Servitut in der Perſon des Gläubigers fortbeſtehend, und nur der Ausübung nach auf den Käufer übergegangen, wodurch man zur Annahme einer weiteren Anomalie des Pfandrechtes an einer servitus pignoris jure constituta genöthigt wird, daß nämlich hier die Veräußerung entweder das Pfandrecht nicht aufhebe, oder daß im Falle der Nichtbefriedigung die Servitut dem Gläubiger in der Art verfalle, daß, wenn er zur Veräußerung ſchreite, nun zwar das Pfandrecht aufhöre, und die Servitut inſofern dem Gläubiger dem Rechte nach unbeſchränkt zuſtehe, der Käufer aber das exercitium servitutis habe; wodurch dann bei der servitus praedii wieder der Grundſatz, daß eine ſolche weder dem Rechte noch der Ausübung nach von dem herrſchenden Grundſtücke getrennt werden könne, verletzt wäre. Dieſe Anomalie, welche, wenn man ſich die Servitut in der Perſon des Gläubigers begründet denkt, in der Veräußerung derſelben liegen würde, hat auch Geſterding, Pfandrecht S. 71, wenigſtens bei dem ususfructus pignoris jure constitutus eingeſehen, und leugnet deshalb die Möglichkeit der Veräußerung deſſelben überhaupt. Was Hepp im Arch. Bd. XV. S. 84. dagegen bemerkt, daß hier die Veräußerung in der Ueberlaſſung der Ausübung des Uſusfrukts beſtehe, während der Uſusfrukt ſelbſt als jus personalissimum in der Perſon des Gläubigers bis zu deſſen Tod fortbeſtehe, enthält eine petitio principii; denn darüber fragt es ſich eben, wie der Nießbrauch, der dem Gläubiger zum Zwecke ſeiner Sicherheit und endlichen Befriedigung iſt eingeräumt worden,

man bei der Annahme: die pfandweiſe eingeräumte Servitut ſtehe dem Rechte nach dem Pfandgläubiger zu, die Natur des Pfandrechtes verkannt habe. Nach der von uns entwickelten Natur des Pfandrechtes gehört nämlich dem Pfandgläubiger niemals das ihm verpfändete Objekt, auch nicht etwa beſtimmte intellektuelle, aus dem Umfange des verpfändeten Rechtes abgelöſ'te Beſtandtheile, ſondern das verpfändete Objekt iſt ihm immer nur in der Art verhaftet, daß er zum Zwecke ſeiner Sicherheit ſich in den Beſitz deſſelben ſetzen und es, um zu ſeiner endlichen Befriedigung zu gelangen, veräußern kann. So wenig daher der Pfandgläubiger, da wo ihm vom Eigenthümer eine Sache iſt verpfändet worden, Eigenthümer der letzteren wird, ſo wenig kann auch der Pfandgläubiger, da wo ihm nur beſtimmte intellektuelle Befugniſſe aus dem Eigenthume ſind verpfändet worden, dieſe Befugniſſe dem Rechte nach als ſeine Befugniſſe in Anſpruch nehmen; er kann alſo, da wo ihm vom Eigenthümer einer Sache eine Servitut pfandweiſe iſt eingeräumt worden, nicht ſelbſt als Servitut-Berechtigter in Betracht kommen [1]), ſondern befindet ſich vielmehr, ſo wie er da, wo ihm eine körperliche Sache vom Eigenthümer iſt verpfändet worden, wenn ihm dieſe als pignus eingeräumt worden iſt, nur in dem Beſitze ſich befindet, oder bei der bloſen hypotheca doch das Recht hat, ſich in den Beſitz des verpfändeten Gegenſtandes zu ſetzen, ſo auch da, wo ihm eine servitus als pignus iſt eingeräumt worden, nur in quasi possessione derſelben, oder hat da, wo die Verpfändung ohne Beſitz-Ueberlaſſung, alſo durch das bloſe pactum hypothecae erfolgt iſt, das Recht, ſich mit der actio hypothecaria, die ſich hier als utilis confessoria darſtellt, in die Ausübung der Servitut zu verſetzen. So wie ferner der Pfandgläubiger, da wo ihm von dem Eigenthümer eine körperliche Sache iſt verpfändet

---

noch nach der, vom Gläubiger zum Zwecke ſeiner Befriedigung vorgenommenen Veräußerung, in ſeiner Perſon fortdauern könne.

1) Selbſt nicht nach prätoriſchem Rechte, da auch der Gläubiger, dem eine Sache iſt verpfändet worden, kein prätoriſches Eigenthum hat; vergl. S. 76. Note 1.

worden, das Recht hat, dieſe, im Falle die Pfandſchuld nicht zur beſtimmten Zeit abgetragen wird, mit der Wirkung zu veräußern, daß das Eigenthum auf den Käufer übergeht, ſo kann er auch da, wo ihm eine servitus an einer Sache pfandweiſe iſt eingeräumt worden, das Recht haben, die servitus ſelbſt mit der Wirkung zu veräußern, daß dieſelbe dem Rechte nach dem Käufer erworben wird, gerade ſo, als hätte der Eigenthümer ſie demſelben beſtellt: quia quod creditor egit pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset [1]).

Hiernach wird alſo die pfandweiſe conſtituirte Servitut dem Rechte nach, alſo als wirkliche Servitut, erſt bei dem Käufer begründet, und muß ſich demnach auch, insbeſondere was ihre Dauer betrifft, ganz nach der Perſon des Käufers, als wirklichen Servitut-Berechtigten, richten. Vor der Veräußerung von Seite des Pfandgläubigers beſteht daher die Servitut eigentlich noch gar nicht, weder bei dem Verpfänder, noch bei dem Pfandgläubiger, vielmehr ſind letzterem bei der hypothekariſchen Beſtellung zunächſt nur beſtimmte Befugniſſe aus dem Umfange des Eigenthums des Verpfänders angewieſen, in deren Quaſi-Beſitz er ſich ſoll ſetzen und dieſelben zum Zwecke ſeiner Befriedigung als wirkliche Servitut veräußern können, woran durch die als pignus im engeren Sinne geſchehene Einräumung nur ſo viel geändert wird, daß hier die quasi possessio jener Befugniſſe dem Gläubiger ſofort eingeräumt iſt, während dieſe Befugniſſe ſelbſt, hier wie dort, dem Rechte nach noch in dem Umfange des Eigenthums liegen, aber freilich nicht als Servitut, ſondern als intellektuelle Beſtandtheile des Eigenthums ſelbſt, nur daß ſie als mögliche Objekte einer Servitut angewieſen ſind. Daß hier der Pfandgläubiger, noch ehe die Servitut ſelbſt dem Rechte nach aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchieden, alſo als ſelbſtſtändiges Recht conſtituirt iſt, ſich in der Ausübung derſelben, in quasi possessione, befinden kann, iſt nichts Beſonderes, da ja auch ſonſt eine quasi possessio servitutis, ohne daß die Servitut ſchon

1) fr. 29. fam. hercisc. (10. 2.)

wirklich exiſtirt, vorkömmt, wie dies bei demjenigen, der, ohne Servitut-Berechtigter zu ſeyn, ſich b. f. für den Servitut-Berechtigten hält, ſtets eintritt, und auch bei demjenigen, dem die quasi possessio einer Servitut von dem Eigenthümer precario iſt eingeräumt worden [1]), der Fall iſt.

Sind, wie wir hoffen, die bisher über die pfandweiſe Beſtellung einer Servitut von Seite des Eigenthümers aus der Natur der Servitut und des Pfandrechtes im Allgemeinen entwickelten Grundſätze folgerichtig, ſo fallen damit auch ſämmtliche von den Neueren behaupteten Anomalien, welche bei der pfandweiſen Beſtellung einer Servitut von der ſonſt anerkannten Natur der Servituten eintreten ſollen, zuſammen. Zunächſt ſtößt nämlich die pfandweiſe eingeräumte Servitut gegen den Grundſatz: servitus ad tempus constitui non potest, in keiner Weiſe an; denn dieſer Grundſatz gilt nur von wirklich, alſo dem Rechte nach beſtellten Servituten [2]), nicht aber da, wo Jemanden blos die quasi possessio der Servitut iſt eingeräumt worden; denn dieſe kann, da ſie precario erfolgen kann, jedenfalls ad tempus geſchehen [3]), wogegen auch die dem Pfandgläubiger auf Verfolgung der Servitut zuſtehende utilis confessoria actio nicht ſtreitet; denn dieſe beruht nicht auf ſeinem Servitut-, ſondern nur auf ſeinem Pfandrechte, und iſt blos auf Einräumung des Beſitzes, nicht aber des Servitut-

---

1) fr. 2. §. 3. de precario (43. 26.). *Ulpianus* libro LXXI. ad edictum. Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel *juris* adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere *aut uti* liceat. fr. 3. eod. *Gajus* libro XXV. ad edictum provinciale. *Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas.* fr. 15. §. 2. eod. *Pomponius* libro XXIX. ad Sabinum. Precario habere etiam ea, quae in jure consistunt, possumus, ut immissa vel protecta.

2) fr. 4. de servit. (8. 1.)

3) fr. 1. fr. 2. §. 3. fr. 4. §. 4. fr. 5. de precario. (43. 26.)

Rechtes ſelbſt gerichtet [1]). Ebenſowenig ſtößt aber auch das dem Pfandgläubiger bei der pfandweiſen Beſtellung einer Servitut zuſtehende Veräußerungs-Recht gegen die bei den Servituten als Grundſatz feſtſtehende Unveräußerlichkeit der Servitut, wenigſtens dem Rechte nach, an; denn der Pfandgläubiger veräußert hier nicht eine Servitut, welche ihm bisher, als aus dem Umfange des Eigenthums dem Rechte nach ſchon ausgeſchiedenes Recht, zuſtand, in welchem Falle allein der Grundſatz der Unveräußerlichkeit der Servituten verletzt werden würde, ſondern er beſtellt zuerſt eine Servitut dem Rechte nach; er veräußert bei der Veräußerung der ihm pfandweiſe eingeräumten Servitut ſo wenig ſein Recht, obgleich natürlich ſein Pfandrecht damit aufhört, als derjenige, dem eine Sache vom Eigenthümer iſt verpfändet worden, durch die Veräußerung derſelben ſein Eigenthum veräußert, er veräußert vielmehr nur, kraft der ihm eingeräumten Befugniß, die ihm zu dieſem Behufe angewieſenen, bisher rechtlich noch im Umfange des Eigenthums enthaltenen, intellektuellen Beſtandtheile des letzteren; er löſ't dieſe allererſt auch dem Rechte nach aus dem Umfange des Eigenthums ab, und conſtituirt ſo das, was er blos der Ausübung nach hatte, bei dem Käufer dem Rechte nach.

Selbſt der oben bemerkte Diſſens zwiſchen Geſterding und Hepp über den Zeitpunkt der Conſtituirung der pfandweiſe eingeräumten Servitut löſ't ſich nach dem bisher Geſagten leicht; denn als Zeitpunkt der wirklichen Conſtituirung der fraglichen Servitut kann nur der Augenblick der Veräußerung derſelben durch den Pfandgläubiger erſcheinen, während die pfandweiſe Einräumung durch die Verpfändung ſelbſt erfolgt.

Es bleibt uns demnach nur noch übrig, die bisher über die pfandweiſe Einräumung einer Servitut von Seite des Eigenthümers aus allgemeinen Geſichtspunkten aufgeſtellten Grundſätze, mit den einzelnen Aeußerungen unſerer Quellen über die vorliegende Frage zu vergleichen, um zu zeigen, daß auch dieſe von denſelben Geſichtspunkten ausgehen.

1) fr. 66. de evict. (21. 2.). Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes S. 121.

Betrachten wir zu dieſem Behufe:

1) die pfandweiſe Einräumung einer *ſervitus praedii*, ſo wird eine ſolche bei einer *ſervitus praedii ruſtici* ausdrücklich geſtattet:

Paulus libro LXVIII. ad edictum.

Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat, — et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est [1]).

Dieſe Stelle belegt die Richtigkeit der von uns über die pfandweiſe Einräumung einer Servitut von Seite des Eigenthümers aufgeſtellten Grundſätze ſo deutlich als möglich. Es ſoll nämlich die Verpfändung einer servitus praedii rustici die Wirkung haben, daß, im Falle ſie als pignus iſt eingeräumt worden, der Gläubiger vor der fälligen Pfandſchuld die quasi possessio der Servitut haben, alſo die Servitut ſoll ausüben können: „*ut* quamdiu pecunia soluta non sit, *iis servitutibus creditor utatur*,“ er ſoll alſo nicht das *jus* servitutis haben, ſondern nur den *usus*, welcher eben bei den Servituten pro possessione est [2]). Dabei wird aber erfordert, daß der Gläubiger ſelbſt ein praedium vicinum habe: „scilicet si vicinum fundum habeat;“ denn ohne dies würde die Ausübung der fraglichen Servitut nicht als quasi possessio servitutis *praedii* erſcheinen [3]). Wird aber

1) fr. 12. de pignorib. (20. 1.)

2) fr. 20. de servitut. (8. 1.). *Javolenus* libro V. ex posterioribus Labeonis. Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse *Labeo*, per te non fieri quo minus eo jure uti possim, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, *usum ejus juris pro traditione possessionis* accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. cf. fr. 11. §. 1. de Publ. act. (6. 2.) Vat. fragm. §. 90.

3) fr. 5. de servit. praed. rust. (8. 3.) fr. 14. §. 3 de alim. et cib.

die Pfandſchuld binnen der beſtimmten Zeit nicht abgetragen, ſo ſoll der Gläubiger das Recht haben, die fragliche Servitut ſelbſt, nicht etwa blos den usus, zu veräußern: „et si intra diem certum pecunia soluta non sit, *vendere eas vicino liceat*.“ Durch dieſen Verkauf an den Eigenthümer eines benachbarten, d. h. hier in einer ſolchen Nähe zu dem dienenden Grundſtücke liegenden fundus, daß zwiſchen ihm und dem dienenden Grundſtücke kein freies Privat-Grundſtück ſich befinde [1]), erhält alſo der Käufer das Recht der Servitut ſo, als wäre ihm dieſelbe von dem Eigenthümer des dienenden Grundſtückes ſelbſt beſtellt; er hat demnach die actio directa ad vindicandam servitutem, die Servitut iſt ihm in perpetuum, d. h. ſo lange als das herrſchende Grundſtück, als deſſen qualitas ſie erſcheint, ſelbſt exiſtirt, eingeräumt, nur daß ſie jetzt durch non usus verloren gehen kann [2]), was bei der dem Gläubiger zuſtehenden pfandweiſen Berechtigung an derſelben nicht möglich war; denn die Servitut ſelbſt hatte er nicht, und ſein Pfandrecht konnte gegen den Verpfänder und deſſen Erben gar nie [3]), gegen den dritten gutgläubigen Beſitzer der Sache aber erſt durch die longi temporis possessio von Seite des letzteren [4]) erlöſchen. Iſt alſo die Servitut erſt bei dem Käufer conſtituirt, ſo iſt ſie auch jetzt erſt, ſowohl dem Rechte als auch der Ausübung nach, eben ſo unveräußerlich, wie jede andere, auf die gewöhnliche Weiſe conſtituirte servitus praedii.

---

leg. (34. 1.). Mühlenbruch, im Archiv. Bd. XV. Heft 3. Nro. 18. 1.

1) fr. 38 u. 39. de servit. praed. urb. (8. 2.) fr. 5. §. 1. de serv. praed. rust. (8. 3.) fr. 7. §. 1. comm. praed. (8. 4.)

2) fr. 6. de servit. praed. urb. (8. 2.) c. 13. C. de servit. (4. 34.)

3) Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. S. 62 — 64.

4) fr. 5 u. 12. de diversis temp. praescript. (44. 3.) c. 1. C. si adversus credit. praescriptio opp. (7. 36.) c. 19. C. de evict. (8. 45.)

So wie nun der Eigenthümer eine servitus praedii rustici als pignus einräumen kann, ſo kann er dies auch als hypotheca, alſo ohne daß er dem Gläubiger ſofort die quasi possessio an den als Gegenſtand der, zur endlichen Befriedigung des Gläubigers, durch dieſen aus dem Umfange des Eigenthums abzulöſenden und auf einen Anderen zu übertragenden Servitut, angewieſenen intellektuellen Eigenthums-Beſtandtheilen einräumt. Zwar iſt dies nirgends ausdrücklich geſagt, aber es verſteht ſich eigentlich von ſelbſt, indem Alles, was Gegenſtand eines pignus, auch Gegenſtand einer bloſen hypotheca ſeyn kann, wie denn auch an ſolchen Gegenſtänden, welche nicht zum Fauſtpfande gegeben werden können, die Möglichkeit einer hypotheca gleichfalls in Abrede geſtellt wird [1].

So wie wir nun geſehen haben, daß eine servitus praedii rustici von dem Eigenthümer an ſeiner Sache pfandweiſe könne eingeräumt werden, ſo ſollte man nun auch glauben, daß dies bei den servitutes praediorum urbanorum ebenfalls geſchehen könne, wodurch dann ähnliche Wirkungen herbeigeführt würden, wie die bei der Verpfändung einer servitus praedii rustici angegebenen. Allein die Möglichkeit einer pfandweiſen Beſtellung einer servitus urbana wird in unſeren Quellen ausdrücklich geleugnet:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint [2].

Dieſe Stelle, ſo klar ſie an ſich iſt, hat dennoch unſeren Theoretikern von jeher viele Schwierigkeit verurſacht, weil es ſich über den Grund fragt, weßhalb servitutes praediorum urbanorum nicht pfandweiſe ſollen beſtellt werden können. Cujacius [3]) will ſie von dem Falle verſtehen, wo der Inhaber einer servitus urbana daran ein Pfandrecht beſtellen wollte; allein dann müßte das eben behandelte fr. 12. de

1) fr. 11. §. 3. de pignorib. (20. 1.)

2) fr. 11. §. 3. de pign. (20. 1.)

3) Observat. lib. XV. cap. 6.

pignor. (20. 1.) gleichfalls von einem ſolchen Falle verſtanden werden, und demnach bliebe die Schwierigkeit nach wie vor vorhanden, weil es ſich nun wieder über den Grund fragen würde, weßhalb eine ſchon beſtehende servitus urbana von dem Servitut-Berechtigten nicht ſolle verpfändet werden können, während dies bei einer servitus rustica geſtattet ſey. Dieſen will dann Cujacius darin finden, daß eine servitus urbana entweder nur dem herrſchenden Gebäude einen Vortheil gewähre, oder doch da, wo ein ſolcher Vortheil auch für ein anderes Gebäude möglich ſey, die Ausübung der Servitut, in Beziehung auf letzteres, den Eigenthümer des herrſchenden Gebäudes zu ſehr beſchränken würde, welche Hinderniſſe bei der servitus rustica nicht einträten, indem dieſe in der Regel auch für ein drittes Grundſtück vortheilhaft ſey, und die Ausübung, in Beziehung auf dieſes, dem herrſchenden Grundſtücke keinen Nachtheil bringe. Wenn ſich nun auch gegen das Zureichende dieſer Gründe Nichts einwenden läßt, ſo hätte doch Cujacius zunächſt nachweiſen müſſen, daß eine Verpfändung einer ſchon beſtehenden servitus rustica möglich ſey, und in dem fr. 12. cit. angenommen werde. Hiergegen ſtreitet aber die bei Prädial-Servituten überhaupt Statt findende Unzuläſſigkeit einer Veräußerung, nicht nur dem Rechte, ſondern ebenſo der Ausübung nach [1]; und demnach hat auch die Anſicht des Cujacius wenig Beifall gefunden [2], vielmehr hat man das fr. 11. §. 3. und fr. 12. cit. faſt allgemein von der pfandweiſen Einräumung einer Prädial-Servitut von Seite des Eigenthümers verſtanden [3], wie dies auch ſchon die Verfaſſer der Baſiliken thaten, welche das fr. 12. cit. folgendermaßen wiedergeben:

---

1) Vergl. Glück, Comment. Bd. XIX. §. 1091. S. 208.

2) Nur *Cocceji*, jus civ. controv. h. t. Q. 3. und *Gmelin*, de jure pignoris vel hypothecae §. 59 u. 60. folgen der Anſicht des Cujacius.

3) Vergl. Glück, Comm. Bd. XIX. S. 209. und die daſelbſt in Note 43. angeführten Schriftſteller. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 239. *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 305. von Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 163.

Δυνατὸν δὲ ϭυμφωνεῖν, ἔχειν με κατὰ τοῦ ἀγρογείτονος ὁδὸν ϭτενὴν καὶ πλατεῖαν, καὶ ὑδραγώγιον, ἕως οὗ τὸ χρέος καταβληθῇ μοι· καὶ ἐὰν μὴ καταβληθῇ ἐμπροθέϭμως ἐξεῖναί μοι ταυτα πιπράϭκειν [1]).

Worin liegt alſo der Grund, weßhalb eine servitus urbana nicht pfandweiſe ſoll beſtellt werden können? Die Anſichten der Interpreten ſind hierüber ſehr verſchieden. Der neueſte Verſuch iſt von Roßhirt [2]), welcher glaubt, daß die Verſchiedenheit zwiſchen servitutes rusticae und urbanae, wonach jene, nicht aber dieſe, verpfändet werden könnten, darin zu ſuchen ſey, daß jene als res mancipi auch hätten mancipirt werden können, nicht aber dieſe. Allein die fiducia pignoris jure konnte ja nicht blos durch mancipatio, ſondern auch durch in jure cessio geſchehen [3]); und da nun servitutes urbanae jedenfalls durch in jure cessio begründet werden konnten [4]), ſo mußten ſie auch auf dieſe Weiſe sub pacto fiduciae pignoris jure conſtituirt werden können. Es würde aber dieſer Grund, auch abgeſehen hiervon, jedenfalls zu viel beweiſen, da ja der Uſusfruktus ausgemacht pignoris jure conſtituirt werden kann [5]), und dieſer doch ſo wenig, wie die

---

Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 305. Hepp, Arch. Bd. XIII. S. 349.

1) Basilic. lib. XXV. tit. 2. 11. *Fabrotus* überſetzt: Valet autem conventio ut liceat mihi ire, agere et aquam ducere *per fundum vicini*, donec pecunia mihi solvatur: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas mihi liceat.

2) In ſeiner Zeitſchrift für Civil- und Criminalrecht. Bd. I. Heft 1. Nro. 1. S. 4. Note 7.

3) *Isidorus Hispal.* Orig. V. 25. §. 23. *Fiducia* est, cum res aliqua, sumendae pecuniae mutuae gratia, vel mancipatur, *vel in jure ceditur. Gajus* II. 59 und 60. Nam qui rem alicui *fiduciae* causa mancipio dederit, *vel in jure cesserit* . . .

4) *Gajus* II. 29. Sed jura praediorum urbanorum *in jure tantum cedi possunt*; rusticorum vero etiam mancipari possunt.

5) fr. 11. §. 2. de pignorib. (20. 1.)

jura praediorum urbanorum zu den mancipi res gehörte [1]), und daher auch eben ſo wenig wie dieſe durch mancipatio, ſondern immer nur durch in jure cessio begründet werden konnte [2]). Demnach muß der Grund, weßhalb eine servitus urbana nicht pfandweiſe ſoll beſtellt werden können, in etwas Anderem, und zwar wie man ihn darin auch in der Regel geſucht hat [3]), in der Natur der Sache liegen. In der Stelle ſelbſt wird nur der Grund angegeben, weßhalb eine servitus urbana nicht als Hypothek beſtellt werden könne, weil nämlich auch eine Beſtellung derſelben als pignus unmöglich ſey, und hierdurch ſcheint auch der Grund der Unzuläſſigkeit der pfandweiſen Beſtellung einer servitus urbana überhaupt angedeutet zu ſeyn. Selbſt da nämlich, wo eine servitus blos pfandweiſe eingeräumt wird, müſſen doch die Befugniſſe, welche die fragliche Servitut bilden ſollen, genau beſtimmt ſeyn, wie ſich dies da am deutlichſten zeigt, wo die quasi possessio der Servitut ſofort überlaſſen wird, alſo bei der Einräumung einer servitus als Fauſtpfand, da eben etwas Unbeſtimmtes nicht beſeſſen werden kann [4]); was aber ſo von dem pignus gilt, muß gleichmäßig auch bei der hypotheca eintreten, weil auch bei letzterer die actio hypothecaria, die eben bei der pfandweiſen Beſtellung einer servitus als utilis vindicatio servitutis erſcheint, gleichfalls auf etwas Beſtimmtes gerichtet ſeyn muß, insbeſondere, weil mit derſelben der Pfandgläubiger den Beſitz des fraglichen Objektes in Anſpruch nimmt [5]). Nun iſt es zwar bei der servitus rustica möglich, daß die Befugniſſe, welche

1) *Gajus* II. 17. 23. *Ulp.* fragm. XIX. 1.

2) *Gajus* II. 29. 30. *Ulp.* fragm. XIX. 11. *Vat.* fragm. §. 45. 47.

3) *Vinnius*, select. quaest. lib. I. c. 32. Weſtphal, Pfandrecht. §. 139. Geſterding, Pfandrecht. S. 75. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 329.

4) fr. 3. §. 2. de acq. poss. (41. 2.) Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. cf. fr. 32. §. 2. de usurpat. (41. 3.)

5) fr. 66. de evict. (21. 2.)

dem Pfandgläubiger pfandweiſe ſind eingeräumt worden, in ihrem beſtimmten objektiven Umfange, alſo namentlich in Beziehung auf das dienende Grundſtück, auch einem andern Grundſtücke als dem des Pfandgläubigers Vortheil gewähren können, daß alſo durch die Veräußerung der fraglichen Servitut von Seite des Pfandgläubigers und deren rechtliche Conſtituirung bei dem Eigenthümer des benachbarten Grundſtückes, die Servitut in ihrem objektiven Umfange ganz dieſelbe bleibe, nur daß jetzt die fraglichen Befugniſſe, die ſeither dem Pfandgläubiger nur der Ausübung nach zuſtanden, dem Rechte nach aus dem Umfange des Eigenthums des dienenden Grundſtückes abgelöſ't ſind; und deshalb wurde eine pfandweiſe Einräumung einer servitus rustica „propter utilitatem contrahentium“ zugelaſſen, während eine ſolche an einer servitus urbana, weil bei dieſer von dem bisher Bemerkten gerade das Gegentheil eintritt, conſequent geleugnet werden mußte; denn in dem Umfange, in welchem die fraglichen Befugniſſe dem Pfandgläubiger eingeräumt wären, würde ſie dem Eigenthümer eines benachbarten Gebäudes keinen Vortheil gewähren, und ſo iſt auch, nachdem die Veräußerung, nach dem Verbote der lex commissoria, der einzige Befriedigungsweg geworden iſt, bei dem Pfandgläubiger alles Intereſſe bei der Verpfändung einer servitus urbana ausgeſchloſſen, und ſonach auch die Verpfändung ſelbſt ungiltig; in dem Umfange aber, in welchem ſie dem benachbarten Gebäude vortheilhaft ſeyn könnten, ſind ſie nicht verpfändet, und können demnach auch von dem Gläubiger nicht veräußert werden.

So wie nun eine pfandweiſe Einräumung einer servitus praedii, jedoch nur einer servitus praedii rustici, zugelaſſen iſt, ſo iſt:

2) auch eine pfandweiſe Einräumung einer *servitus personae* geſtattet. Beſtimmt ausgeſprochen findet ſich dieſelbe zunächſt für den *ususfructus:*

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, *sive dominus proprietatis convenerit,* sive ille

qui solum usumfructum habet. Et scribit *Papinianus* libro undecimo responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei jus uti frui invito se*, tali exceptione eum praetor tuebitur, *si non inter creditorem et eum, ad quem usufructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit*; nam et quum emtorem usufructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? *Eadem ratione et debitori objicietur exceptio* [1]).

Daß nun durch die pfandweiſe Einräumung des Uſusfrukts von Seite des Eigenthümers der dienenden Sache, der Uſusfrukt nicht dem Rechte nach in der Perſon des Pfandgläubigers begründet ſey, folgt ſchon aus den oben über die pfandweiſe Beſtellung einer Servitut überhaupt gemachten Bemerkungen, geht aber aus der vorliegenden Stelle noch insbeſondere hervor; denn er kann ſich nicht darauf berufen: *jus* sibi esse uti frui, ſondern hat nur, wenn er im Beſitze iſt, alſo namentlich wenn der usufructus ihm pignoris jure iſt eingeräumt worden, gegen die Klage des Eigenthümers: jus ei non esse uti frui invito se, die exceptio: si non inter creditorem et dominum convenerit, ut usufructus pignori sit; befindet er ſich aber nicht im Beſitze, alſo namentlich wenn ihm der usufructus blos jure hypothecae iſt eingeräumt worden, ſo hat er die actio hypothecaria, die ſich hier als utilis vindicatio usufructus, geſtützt auf die Verpfändung, darſtellt, auf Einräumung der quasi possessio. Demnach liegt alſo der usufructus dem Rechte nach noch im Umfange des Eigenthums, und dem Pfandgläubiger ſteht nur die Ausübung deſſelben nach den Bedingungen des Pfandrechtes zu. Namentlich darf

---

1) fr. 11. §. 2. de pignorib. (20. 1.). Die Baſiliken lib. XXV. tit. 2. l. 11. §. 2. geben die Stelle: *Καὶ ὁ ἔχων πρᾶγμα καλῶς ὑποτίθεται τὴν χρῆσιν αὐτοῦ, καὶ ὁ μόνην ἔχων χρῆσιν, ἰσχυρῶς αὐτὴν ὑποτίθεται, ὥσπερ καὶ πωλεῖ.* Nach *Fabrotus: Et proprietarius usumfructum rei recte pignori dat, et qui solum usumfructum habet, sicut et vendendi jus habet.*

der ususfructus pignori vel hypothecae constitutus auch nicht als ein nach prätoriſchem Rechte conſtituirter und dem Pfandgläubiger zuſtehender Uſusfrukt betrachtet werden; denn ſonſt würde ſich, abgeſehen davon, daß dies, wie ſchon oben gezeigt wurde, der Natur des Pfandrechts ganz widerſpräche, der Uſusfrukt ganz nach der Perſon des Pfandgläubigers gerade ſo richten, als wäre er nach den Grundſätzen des Civilrechts conſtituirt [1]), namentlich würde der Pfandgläubiger Eigenthümer der gezogenen Früchte werden, was jedoch nicht der Fall iſt, indem er an den gezogenen Früchten nur das Recht erlangt, welches er daran erlangen würde, wenn ihm eben nur die Früchte wären verpfändet worden, alſo nur wieder ein Pfandrecht mit der Befugniß dieſelben veräußern zu dürfen:

Gajus libro singulari de formula hypothecaria.

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata; *idque servandum est*, *sive dominus* (fundi) *convenerit aut de usufructu*, *aut de his quae nascuntur*, sive is qui usumfructum habet, sicut *Julianus* scribit [2]).

Idem libro singulari de formula hypothecaria.

Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris; et in fructibus, si convenit ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuerit in bonis debitoris [3]).

Hiermit fallen dann auch alle Folgerungen hinweg, zu denen man durch die Annahme, daß hier der ususfructus ſelbſt ſchon aus dem Umfange des Eigenthums abgelöſ't und dem Pfandgläubiger als ſelbſtſtändiges Recht eingeräumt ſey, iſt verleitet worden; namentlich kann auch nicht behauptet werden, daß das

1) fr. 1. pr. quib. mod. ususfr. (7. 4.) fr. 9. §. 1. usufruct. quemadm. caveat. (7. 9.) fr. 3. si ususfruct. pet. (7. 6.)

2) fr. 15. pr. de pign. (20. 1.)

3) fr. 11. §. 3 qui potiores. (20. 4.)

Recht des Pfandgläubigers an dem ihm vom Eigenthümer eingeräumten usuſfructus, mit dem Tode deſſelben, deshalb erlöſche, weil nun der Gegenſtand des Pfandrechtes (der usuſfructus) erloſchen ſey; denn der Uſusfrukt ſelbſt iſt in ſeiner Perſon nicht begründet, und kann daher auch mit ſeinem Tode nicht erlöſchen; das Pfandrecht ſelbſt aber iſt ein Recht, welches zwar eine acceſſio des Forderungsrechtes, nicht aber der phyſiſchen Perſönlichkeit des Gläubigers bildet, und daher auch mit deſſen Tod nicht zuſammenfallen kann, wenigſtens nicht ſeiner Natur nach, ſondern nur in Folge beſonderer Uebereinkunft; und demnach wird man auch zugeſtehen müſſen, daß das Pfandrecht an dem pfandweiſe vom Eigenthümer beſtellten Uſusfrukt ſelbſt auf die Erben des Pfandgläubigers übergehe, wenn man nicht etwa in der pfandweiſen Einräumung eines Uſusfrukts die ſtillſchweigende Uebereinkunft finden will, daß hier das Pfandrecht nur ſo lange dauern ſolle, als der Uſusfrukt, wäre er in der Perſon des Gläubigers begründ... dauern würde; wonach dann freilich das Pfandrecht mit dem Tode des Gläubigers aufhören würde, aber nicht wegen des Untergangs des Objekts, ſondern wegen des Eintritts des Endtermins des Pfandrechtes [1]).

Eine andere, hier noch zu berührende, Frage iſt die: ob dem Gläubiger, im Falle der Nichtbefriedigung, das Veräuſſerungsrecht des ihm pfandweiſe eingeräum..n Uſusfrukts zuſtehe, und mit welcher Wirkung? Auch ü..r dieſe Frage ſind die Anſichten unſerer Rechtslehrer ſehr verſchieden, wie ſich ſchon deswegen erwarten läßt, daß ſich darüber in unſeren Quellen keine Beſtimmung findet, und die Entſcheidung der Frage daher nur aus allgemeineren Geſichtspunkten erfolgen

1) Daß eine ſolche Uebereinkunft giltig geſchehen könne, unterliegt keinem Zweifel; allein daß im Zweifel dieſe Beſchränkung des Pfandrechtes an einem usuſfructus pignoris jure conſtitutus zu vermuthen ſey, muß wohl deshalb geleugnet werden, weil im Zweifel immer für die gewöhnliche Natur des Pfandrechtes die Vermuthung ſtreitet, in der pfandweiſen Beſtellung eines Uſusfrukts aber nicht nothwendig eine ſolche Beſchränkung enthalten iſt.

kann. Diejenigen Rechtslehrer, welche dem Pfandgläubiger eine Veräußerung geſtatten, ſtützen ſich auf das mit dem Pfandrechte überall, namentlich auch bei einer pfandweiſe eingeräumten servitus rustica, verbundene Veräußerungsrecht, laſſen aber, weil ſie den ususfructus selbſt in der Perſon des Pfandgläubigers für begründet anſehen, mit der Veräußerung nur diejenigen Wirkungen eintreten, welche auch ſonſt mit der Veräußerung des Uſusfrukts von Seite des Uſufruktuars verbunden ſind; betrachten alſo den Uſusfrukt nur als der Ausübung nach, und mithin auch nur ſo lange, als der Uſusfrukt ſelbſt in der Perſon des Gläubigers beſteht, alſo nur bis zu deſſen Tode, auf den Käufer übertragbar. Da jedoch, wie wir gezeigt zu haben hoffen, der Uſusfrukt in der Perſon des Gläubigers dem Rechte nach nicht begründet iſt, die den Uſusfrukt bildenden Befugniſſe vielmehr dem Rechte nach noch in dem Umfange des Eigenthums enthalten ſind, und dem Pfandgläubiger nur deren pfandweiſe Ausübung zuſteht, ſo wird, im Falle man dem Gläubiger die Veräußerungs-Befugniß des pfandweiſe eingeräumten Uſusfrukts geſtattet, durch die Veräußerung der Uſusfrukt allererſt wieder aus dem Umfange des Eigenthums abgelöſ't und demnach dem Käufer als wirklicher Uſusfrukt beſtellt werden, mithin auch, rückſichtlich ſeiner Dauer, ſich nach der Perſon des Käufers richten. Ob aber die Abſicht des den Uſusfrukt pfandweiſe conſtituirenden Eigenthümers darauf gerichtet ſey, daß der Gläubiger im Falle der Nichtbefriedigung den Uſusfrukt ſolle veräußern können, iſt eine andere Frage. Möglicherweiſe könnte nämlich dieſe Abſicht nur dahin gehen, daß der Gläubiger die Früchte zum Zwecke ſeiner Befriedigung ziehen und veräußern ſolle, ſo daß dann der Pfandgläubiger, dem der Uſusfrukt pfandweiſe eingeräumt wäre, ſich von dem, welchem nur die Früchte einer Sache wären verpfändet worden, nur dadurch unterſcheiden würde, daß, während letzterer nur die hypothecaria auf Verfolgung der Früchte, alſo als utilis rei vindicatio, hätte, erſterem die hypothecaria zunächſt im Umfange einer utilis vindicatio ususfructus, um ſich in die Ausübung des Uſusfrukts zu ſetzen, alſo die Früchte ſelbſt

ziehen zu können, zuſtände, obgleich auch ihm die hypothecaria wieder auf Verfolgung der Früchte, aus deren Beſitz er gekommen wäre, jedoch hier wieder als utilis rei vindicatio, zuſtehen würde. Von dieſer Anſicht geht Geſterding [1]) aus, und läßt daher eine Veräußerung des Uſusfrukts von Seite des Gläubigers nicht zu, wobei er jedoch blos an die Veräußerung des Uſusfrukts der Ausübung nach denkt, da er eine Veräuſſerung des Uſusfrukts als ſolchen, alſo dem Rechte nach, ſchon deshalb für unmöglich hält, weil er den pfandweiſe beſtellten Uſusfrukt als Perſonal-Servitut in der Perſon des Gläubigers anſieht; während Hepp [2]) eine Veräußerung des ususfructus pignoris jure constitutus, jedoch, weil auch er den Uſusfrukt als an die Perſon des Gläubigers geknüpft betrachtet, wieder nur der Ausübung nach und ſo lange der Gläubiger lebt, zuläßt. Auch wir glauben, daß im Zweifel dem Gläubiger bei dem ususfructus pignoris jure constitutus das Veräußerungsrecht, als im Zweifel überall mit dem Pfandrechte verbundenes Recht zuſtehe, nur daß wir durch die Veräußerung von Seite des Gläubigers den Uſusfrukt in der Perſon des Käufers allererſt als Perſonal-Servitut entſtehend anſehen, ſo daß nach unſerer Anſicht mit der Veräußerung bei dem Gläubiger weder ein Pfandrecht, noch auch ein Uſusfrukt zurückbleibt, mithin auch hier die gewöhnlichen Grundſätze des Pfandrechtes entſcheiden. Für die dem Gläubiger zuſtehende Veräußerungs-Befugniß dürfte auch ein Reſcript des Codex ſprechen:

Imp. *Gordianus* A. Lamponi et aliis.

Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit. Sed si vos *usumfructum* possessionis tantummodo *pignori dedistis*, isque qui accepit,

1) Pfandrecht. S. 71 — 74.

2) Archiv. Bd. XVIII. Heft 3. S. 347 u. 348. Bd. XV. Heft 1. S. 84 u. 85.

alii *eam possessionem, cujus ususfructum nexum habebat,* sine vestra voluntate *pignoravit, creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit .....* [1])

Zwar iſt hier nur davon die Rede, daß der Gläubiger, dem nur der Uſusfrukt an einem Grundſtücke pfandweiſe ſey beſtellt worden, dadurch, daß er das Grundſtück ſelbſt weiter verpfände, kein Pfandrecht und demnach auch keine Veräuſſerungs-Befugniß, hinſichtlich des ihm ſelbſt nicht verpfändeten Grundſtückes, für ſeinen Gläubiger begründen könne; allein es ſcheint hier doch zugegeben zu werden, daß, wenn der Gläubiger nur den ihm verpfändeten Uſusfrukt weiter verpfändet hätte, der After-Pfandgläubiger durch die Veräußerung des ususfructus pignori nexus den usus fructus giltig würde conſtituirt, alſo dem Rechte nach aus dem Umfange des Eigenthums ausgeſchieden haben; denn als Grund, weshalb durch die Veräußerung der nicht verpfändeten possessio das Eigenthum dem Verpfänder des usus fructus nicht entzogen werden könne, wird nur angegeben: *creditor id in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit;* mithin muß, ſo weit der Gläubiger nur das veräußert, was ihm verpfändet iſt, alſo im vorliegenden Falle den usus fructus, auch inſoweit eine privatio dominii des Verpfänders eintreten.

Was ſo bisher über die pfandweiſe Beſtellung eines *usus-fructus* und deren Wirkungen iſt bemerkt worden, muß in gleicher Weiſe auch bei der pfandweiſen Einräumung einer *habitatio* eintreten, mithin auch deren Verpfändung vom Eigenthümer des Hauſes mit der Wirkung, daß der Gläubiger dieſelbe im Falle der Nichtbefriedigung ſolle als servitus personalis conſtituiren können, für zuläſſig erachtet werden. Dagegen hat man die Zuläſſigkeit einer pfandweiſen Beſtellung des *usus* ſchlechthin geleugnet [2]), und zwar aus dem Grunde,

1) c. 1. C. si pignus pignori. (8. 24.)

2) Weſtphal, Pfandrecht. §. 140. Geſterding, Pfandrecht. S. 74.

weil der usus, ſelbſt nicht quo ad exercitium, auf einen Anderen könne übertragen werden [1]). Allein dieſer Grund würde jedenfalls zu viel beweiſen; denn auch eine servitus rustica kann ſelbſtſtändig, d. h. hier ohne das praedium dominans, weder dem Rechte noch der Ausübung nach einem Andern eingeräumt werden, und doch iſt nach Obigem deren pfandweiſe Beſtellung von Seite des Eigenthümers des dienenden Grundſtückes geſtattet. Auch beruht die behauptete Unzuläſſigkeit der pfandweiſen Beſtellung des usus auf der, wie wir hoffen, als irrig nachgewieſenen Annahme, daß bei der pfandweiſen Einräumung einer Servitut der Gläubiger zugleich der Servitut-Berechtigte ſey; und ſonach dürfte die pfandweiſe Einräumung des usus mit der Wirkung, daß der Gläubiger, im Falle der Nichtbefriedigung, denſelben durch Veräußerung als Perſonal-Servitut conſtituiren könne, zuläſſig ſeyn, wenn man dieſelbe nicht aus einem ähnlichen, wie dem für die Unzuläſſigkeit der Verpfändung einer servitus urbana angegebenen, Grunde in Abrede ſtellen will, aus dem Grunde nämlich, daß der usus durch das Eintreten eines anderen Subjekts, in Folge der Veräußerung von Seite des Gläubigers, auch objektiv ein anderer würde, als der von dem Gläubiger pfandweiſe ausgeübte war.

Wenden wir uns demnach:

B) zu der Verpfändung der Servituten von Seite des Servitut-Berechtigten, ſo bietet dieſe bei weitem weniger Schwierigkeiten dar, als die ſeither erörterte pfandweiſe Beſtellung einer Servitut von Seite des Eigenthümers der dienenden Sache, und demnach findet ſich auch über deren Zuläſſigkeit und Wirkung unter unſeren Rechtslehrern eigentlich gar kein Streit. So wird demnach:

1) die Verpfändung einer *servitus praedii rustici* ſowohl als *urbani*, wenigſtens von ſämmtlichen neueren Juriſten [2]),

---

1) fr. 8 u. 12. de usu et habitat. (7. 8.) §. 1. J. eod. (2. 5.)

2) Glück, Comm. Bd. XIV. S. 25. Bd. XIX. S. 209 — 210. Weſtphal, Pfandrecht. §. 140. Geſterding, Pfandrecht.

ſchlechthin, und zwar aus dem ganz zutreffenden Grunde geleugnet, weil eine einmal conſtituirte Prädial-Servitut weder dem Rechte noch der Ausübung nach von dem praedium dominans getrennt werden kann; weßhalb hier die Verpfändung an ſich, d. h. auch ohne Rückſicht darauf, daß der Gläubiger, wegen Unmöglichkeit der Veräußerung der Servitut, auch nur der Ausübung nach, keine Sicherheit und daher auch kein Intereſſe haben kann, ſchon deshalb unmöglich iſt, weil eben gar keine Ueberlaſſung an einen Anderen, alſo auch nicht eine pfandweiſe vorkommen kann. Daß jedoch mit der Verpfändung des herrſchenden Grundſtückes auch die demſelben zuſtehenden Servituten verpfändet ſeyen, verſteht ſich von ſelbſt, da dieſe als qualitates fundi demſelben nothwendig folgen [1]). Dagegen iſt:

2) eine **Verpfändung der Perſonal-Servituten**, ſo weit bei denſelben eine Ueberlaſſung der **Ausübung** an einen Andern geſtattet iſt, alſo eine Verpfändung des *usus-fructus* [2]) und der *habitatio* [3]) allerdings zuläſſig, während

S. 74. **Schweppe**, Handbuch. Bd. II. §. 329. *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 305. **von Wening-Ingenheim**, Lehrbuch. Bd. I. §. 163. **Mackeldey**, Lehrbuch. Bd. II. §. 305.

1) fr. 16. de servitut. (8. 1.). *Julianus* libro XLIX. digestorum. Ei qui *pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio datur.*

2) fr. 11. §. 2. de pignorib. (20. 1.). *Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari?* quaesitum est, sive dominus proprietatis convenit, *sive ille qui solum usumfructum habet.* Et scribit *Papinianus* libro undecimo responsorum: tuendum creditorem; et si velit cum creditore proprietarius agere: *non esse ei jus uti frui invito se*, tali exceptione eum praetor tuebitur: *si non inter creditorem, et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit ut ususfructus pignori sit.* Nam quum et emtorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio.

3) Der habitator kann zwar die habitatio auch der Ausübung nach **nicht unentgeldlich**, fr. 10. pr. de usu et habit. (7. 8.), wohl aber **entgeldlich** einem Andern überlaſſen, wie dies

eine Verpfändung des *usus* von Seite des Uſuars ausgeſchloſſen iſt, weil eben der usus auch nicht quo ad exercitium auf einen Andern kann übertragen werden [1]. Verpfändet aber der Uſufruktuar ſeinen ususfructus, ſo wird der Gläubiger natürlich ſo wenig Uſufruktuar, als er bei der Verpfändung einer Sache von Seite des Eigenthümers Eigenthümer der letzteren wird, ſondern der ususfructus alienus iſt ihm nur pignoris jure verhaftet, und er hat, wenn ihm derſelbe als Fauſtpfand iſt überlaſſen worden, nur die quasi possessio deſſelben mit dem Rechte, als Pfandgläubiger die Früchte zu ziehen, und den Uſusfrukt ſelbſt, im Falle er nicht befriedigt wird, in dem Umfange zu veräußern, in welchem er von dem verpfändenden Uſufruktuar ſelbſt veräußert werden kann, alſo nur quoad exercitium [2]. Er erwirbt alſo, da er nicht Uſu-

---

Juſtinian in c. 13. de usufructu et habitatione (3. 33.) verbis: Et siquidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et *dari legatario etiam locationis licentiam.* Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat ... verordnet, vergl. §. 5. J. de usu et habit. (2. 5), und Thibaut, Civil. Abhandl. Nro. II. Ziffer 4. S. 22 — 25; und demnach folgert man mit Recht, daß der habitator auch verpfänden könne, wofür man ſich noch insbeſondere auf den Ausſpruch des *Javolenus* in fr. 49. de usuris (22. 1.): „fructus rei est vel pignori dare licere“ beruft. Vergl. Glück, Comment. Bd. XIV. S. 25. Note 71. v. Wenning-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 163. S. 400. Note c. und *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 305. Die Wirkungen der Verpfändung einer habitatio von Seite des habitator ſind übrigens dieſelben wie die der Verpfändung des Uſusfrukts von Seite des Uſufruktuars, nur daß in Folge der letzteren der Pfandgläubiger auch ein Pfandrecht an den nach der Verpfändung gezogenen Früchten erhält, welches bei der verpfändeten habitatio natürlich nicht vorkommen kann.

1) §. 1. J. de usu habit. (2. 5) fr. 2. §. 3. 4 u. 8. h. t. (7. 8.). Vgl. v. Wening-Ingenheim a. a. O.

2) Geſterding, Pfandrecht S. 73, will auch da, wo ein ſchon beſtehender Uſusfrukt iſt verpfändet worden, dem Pfandgläubiger ein Veräußerungsrecht deſſelben zum Zwecke ſeiner Befrie-

fructuar, ſondern nur Pfandberechtigter iſt, auch durch die Perception nicht das Eigenthum an den gezogenen Früchten, ſondern wieder nur ein Pfandrecht, alſo eine obligatio rei, mit dem Rechte, dieſelben zum Zwecke ſeiner Befriedigung zu veräußern [1]). Iſt ihm dagegen der usus fructus nur jure hypothecae verpfändet, ſo hat er nur das Recht, ſich mit der actio hypothecaria, die ſich hier wieder als utilis confessoria darſtellt, in die pfandweiſe Ausübung deſſelben zu ſetzen, und ihn

---

digung nicht geſtatten, ſondern blos das Recht, die Früchte als Pfandgläubiger in Anſpruch nehmen zu können, und ſich durch den Verkauf derſelben bezahlt zu machen. Hiernach würde ſich der Pfandgläubiger, welchem ein Uſusfrukt iſt verpfändet worden, von demjenigen, dem blos die Früchte ſind verpfändet worden, wieder nur dadurch unterſcheiden, daß jener, wenn ihm der usus fructus pignoris jure iſt verpfändet worden, ſich in quasi possessione usus fructus befände, alſo die Früchte ſelbſt ziehen könnte, und wenn ihm derſelbe jure hypothecae iſt verpfändet worden, wenigſtens das Recht hätte, ſich mit der actio hypothecaria als einer utilis confessoria actio in den Beſitz zum Zwecke des Fruchtgewinns zu ſetzen. Bei einer verpfändeten habitatio würde dann der Pfandgläubiger immer nur das Recht haben, entweder dadurch, daß er die Wohnung ſelbſt benutzte oder dieſelbe vermiethete, zu ſeiner Befriedigung zu gelangen. Da aber im Zweifel die gewöhnlichen Folgen der Verpfändung angenommen werden müſſen, ſo glauben wir mit Hepp, Archiv. Bd. XIII. S. 347 u. 348. Bd. XV. S. 84 u. 85. der gewöhnlichen Anſicht, daß dem Pfandgläubiger auch da, wo ihm eine servitus personalis iſt verpfändet worden, das Veräußerungsrecht der Servitut zum Zwecke ſeiner endlichen Befriedigung zuſtehe, den Vorzug einräumen zu müſſen.

1) Hierin ſteht alſo der Gläubiger, welchem der usus fructus iſt verpfändet worden, demjenigen, dem blos die Früchte einer Sache ſind verpfändet worden, gleich: fr. 15. pr. de pignorib. (20. 1.) Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata. *Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit* aut de usufructu aut *de his quae nascuntur, sive is qui usumfructum habet*, sicut *Julianus* scribit.

zum Zwecke ſeiner Befriedigung zu veräußern [1]), durch welche Veräußerung dann wieder der Käufer nur das exercitium usufructus erhält, während der usufructus, da er dem Rechte nach von dem Uſufruktuar nicht veräußert werden kann, in der Perſon des Verpfänders begründet bleibt, mithin auch mit dem Tode des letzteren erliſcht, womit dann auch das durch die Veräußerung von Seite des Pfandgläubigers dem Käufer erworbene Ausübungs-Recht zuſammenfällt. Zugleich verſteht ſich von ſelbſt, daß da, wo der Uſufruktuar ſeinen usufructus verpfändet hat, das Pfandrecht mit dem Aufhören des Uſusfrukts in der Perſon des Uſufruktuars ebenſo aufhören muß, wie das an einer Sache beſtellte mit dem Untergange der letzteren:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Sicut re corporali exstincta, ita et usufructu exstincto pignus hypothecave perit [2]).

Eine nicht minder ſchwierige und beſtrittene Frage, als die ſeither erörterte, über die Zuläſſigkeit und Wirkung der Verpfändung der Servituten iſt:

II. die über die von Seite des Pfandgläubigers in Folge ſeines Pfandrechtes vorgenommene After-Verpfändung.

Die Anſichten unſerer Rechtslehrer ſind hierüber im Einzelnen ſo verſchieden, daß ſie ſich kaum erſchöpfend darſtellen laſſen. Einige [3]) betrachten das *subpignus* als eine weitere

1) Es verſteht ſich indeſſen von ſelbſt, daß der Gläubiger, welchem der usufructus nur jure hypothecae iſt verpfändet worden, immer auch ein Pfandrecht an den gezogenen Früchten erwirbt.

2) fr. 8. pr. quib. mod. pignus (20. 6.). Durch bloſen non usus kann jedoch die verpfändete Perſonal-Servitut nicht erlöſchen, wie ſich dies bei der habitatio, die überhaupt durch bloſen Nichtgebrauch nicht erliſcht, fr. 10. pr. de usu et habit. (7. 8.) von ſelbſt verſteht, aber auch bei dem verpfändeten Nießbrauche wegen fr. 15. s. f. fr. 38—40. de usufr. (7. 1.) angenommen werden muß.

3) Glück, Comment. Bd. XIV. S. 57—59. Weſtphal, Pfandrecht. §. 142 u. 143. von Wening-Ingenheim, Lehrbuch.

Verpfändung der verpfändeten Sache, nicht aber des Pfandrechtes; Andere dagegen betrachten es als eine Verpfändung des Pfandrechtes ſelbſt, als dinglichen Rechtes, nicht aber der verpfändeten Sache, und dieſe Anſicht ſcheint jetzt die verbreitetſte zu ſeyn [1]), während neuerdings Hepp [2]) eine dritte, von beiden Theorien abweichende, Anſicht aufgeſtellt hat, nach welcher das subpignus weder eine Verpfändung der verpfändeten Sache, noch des Pfandrechtes als dinglichen Rechtes, ſondern vielmehr eine Verpfändung der Forderung, die dem Pfandgläubiger aus der Conſtituirung des Pfandes (ex contractu pignoratitio oder ex pacto hypothecae) gegen den Pfandbeſteller zuſtehe, und welche von beiden Seiten durch die actio pignoratitia und gegen den Pfandſchuldner durch die actio hypothecaria geltend gemacht werden könne, enthalten ſoll, ſo daß ſich das subpignus eigentlich als ein *pignus nominis* darſtelle, und eben deshalb nicht ſowohl bei der Verpfändung der jura in re, ſondern vielmehr bei der Lehre von dem pignus nominis abzuhandeln ſey.

Aber nicht blos über das Objekt des subpignus ſind die Anſichten unſerer Rechtslehrer verſchieden, ſondern auch über die weitere Frage: ob mit der Afterverpfändung zugleich eine Verpfändung des perſönlichen Forderungsrechtes, für welches das Pfand dem Afterverpfänder beſtellt war, verbunden ſey,

---

Bd. I. §. 146. Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Heft 2. Freiburg 1834. S. 455., vergl. mit S. 497 u. 498.

1) Geſterding, Pfandrecht. S. 79 und 80. Hepp, Archiv. Bd. XIII. S. 350 folg. von Löhr, Archiv. Bd. XIV. S. 162 — 163. Thibaut, Syſtem. Bd. II. §. 648. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 340. *Mühlenbruch*, doctrina pand. Vol. II. §. 305. nota 4. Mackeldey, Lehrbuch. II. §. 305. Note g.

2) Archiv. Bd. XV. Heft 1. S. 87 u. 88. Früher war Hepp der Anſicht, das subpignus beſtehe in einer Verpfändung des Pfandrechtes; ſiehe die vorige Note.

oder nicht [1]), ſo daß die hier vorliegende Frage in jeder Beziehung zu den beſtrittenen gehört.

Was nun zunächſt die von Hepp aufgeſtellte Anſicht betrifft, ſo geſtehen wir, nicht recht einzuſehen, wie ſich das Afterpfand als pignus nominis darſtellen ſoll; denn wenn wir auch zugeben wollten, daß der Pfandgläubiger ſeine perſönlichen Anſprüche aus dem contractus pignoratitius verpfänden könne, was jedoch, da der Pfandgläubiger bei dem contractus pignoratitius als Schuldner erſcheint, weßhalb nur er urſprünglich aus dem Fauſtpfand-Kontrakte verpflichtet iſt, und daher auch die actio pignoratitia (in personam) directa nur gegen ihn Statt findet [2]), nur in Beziehung auf ſeine zufälligen, mit der actio pignoratitia contraria zu verfolgenden Gegen-Anſprüche, eintreten könnte, ſo wäre dies doch niemals ein

1) Man darf aber nicht etwa glauben, daß diejenigen Rechtslehrer, welche das subpignus für eine Verpfändung des Pfandrechtes und nicht der verpfändeten Sache halten, ſtets das perſönliche Forderungsrecht des Afterverpfänders als mit verpfändet betrachteten, und daß umgekehrt diejenigen, welche das subpignus für eine Verpfändung des verpfändeten Objekts anſehen, die entgegengeſetzte Anſicht befolgten; vielmehr ſind die Rechtslehrer der einen wie der andern Anſicht unter ſich in Beziehung auf die hier vorliegende Frage wieder uneinig. So namentlich hielt Hepp, Archiv Bd. XIII. Heft 3. Nro. XVIII, wo er das subpignus noch für ein Pfandrecht an einem Pfandrechte anſah, dennoch die perſönliche Forderung des Afterverpfänders nicht für mitverpfändet, vergl. S. 360 folg., und dieſer Anſicht iſt er auch treu geblieben, nachdem er ſeine Anſicht über das Objekt des subpignus geändert hat; vergl. Arch. Bd. XV. S. 86 folg. Dagegen betrachten die ſämmtlichen Rechtslehrer, welche nach Obigem das Afterpfandrecht für ein Pfandrecht an der verpfändeten Sache halten, das perſönliche Forderungsrecht des Afterverpfänders als ſtillſchweigend mitverpfändet, und nur von Wening-Ingenheim a. a. O. iſt hierin abweichend.

2) §. 4. J. quib. modis re contrahitur obl. (3. 14.). Mackeldey, Lehrbuch. Bd. II. §. 406.

3) fr. 8. pr. de pignorat. act. (13. 7.). Mackeldey, a. a. O. §. 407.

Afterpfand, da ihm ſeine Anſprüche aus dem contractus pignoratitius nicht verpfändet ſind, ſondern ihm als urſprüngliches Forderungsrecht zuſtehen, ſo daß deren Verpfändung wie die Verpfändung jedes anderen Forderungsrechtes zwar als pignus nominis, aber nicht als subpignus, nicht als Afterpfand erſcheinen, mithin auch nicht mit dem Aufhören des Pfandrechts in der Perſon des Pfandgläubigers, ſondern erſt mit der Tilgung oder ſonſtigen Erlöſchung des aus dem contractus pignoratitius entſpringenden Forderungsrechtes des Gläubigers zuſammenfallen würde [1]). Freilich denkt ſich Hepp hierbei ein durch die Verpfändung begründetes perſönliches Forderungsrecht in Beziehung auf die verpfändete Sache verpfändet; denn er ſagt: „durch den Pfandvertrag erwirbt der Pfandgläubiger ein nomen (ein perſönliches Recht) gegen ſeinen Schuldner, welches beim contractus pignoratitius in dem jus possidendi et distrahendi, beim pactum hypothecae in dem Rechte, ſich in den Beſitz des Pfandobjektes zu ſetzen und daſſelbe zu veräußern beſteht.“ Daß aber durch den contractus pignoratitius und das pactum hypothecae ein ſolches perſönliches Forderungsrecht begründet werde, hätte Hepp jedenfalls erſt nachweiſen ſollen. Der contractus pignoratitius wird doch als Real-Kontrakt erſt perfekt mit der Ueberlieferung des Pfandobjekts, und ſonach kann aus demſelben nicht erſt ein Forderungsrecht von Seite des Gläubigers auf deſſen Ueberlieferung begründet werden, während in Beziehung auf das Pfandrecht als dingliches Recht ſchon die bloſe Uebereinkunft, daß eine Sache verpfändet ſeyn ſolle, genügt [2]), weil eben zur Begründung des Pfandrechts überhaupt das bloſe

---

1) Das Pfandrecht kann nämlich erloſchen ſeyn, während die perſönlichen Anſprüche des Pfandgläubigers aus dem contractus pignoris noch fortdauern, wie dies namentlich da eintreten wird, wo die verpfändete Sache zu Grunde gegangen iſt.

2) fr. 1. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 12. §. 10. qui potiores (20. 4.). Meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes, Nro. II. S. 17 – 29.

pactum hinreicht [1]), weßhalb auch durch das pactum hypothecae nicht erſt ein perſönliches Forderungsrecht ſich in den Beſitz des Pfandobjekts zu ſetzen, ſondern ſofort das mit der actio hypothecaria als actio in rem zu verfolgende dingliche Pfandrecht ſelbſt begründet wird [2]), welches daher auch nicht „zugleich ein perſönliches und dingliches Recht“ ſeyn kann; denn ſo weit erſt ein perſönliches Forderungsrecht beſteht, iſt noch kein dingliches Recht begründet, weil eben letzteres vorausſetzt, daß der Berechtigte unabhängig von dem Beſteller und jedem Dritten in Beziehung auf die Sache berechtigt ſey, womit das perſönliche Forderungsrecht: erſt in das unabhängige Verhältniß zu der Sache geſetzt zu werden, in direktem Widerſpruche ſtehen würde. Auch iſt Hepp zu ſeiner Anſicht über das Objekt des subpignus nur durch das weiter unten zu erörternde fr. 13. §. 2. de pign. (20. 1.) verleitet worden, wo Marcian den Einfluß angeben will, welchen die subpignoratio in Beziehung auf die Objekte des Forderungsrechtes des Afterverpfänders äußere, wenn durch deren Zahlung das Pfandrecht und demnach auch das Afterpfandrecht erloſchen iſt.

So wenig wir nun der Anſicht Hepp's über das Objekt der After-Verpfändung beitreten können, ſo wenig können wir auch die Anſicht derjenigen Rechtslehrer billigen, welche das subpignus für eine Verpfändung des Pfandrechtes ſelbſt, als dinglichen Rechtes, nicht aber der verpfändeten Sache, anſehen; denn auch hier wäre nur eine Verpfändung des Pfandrechtes, alſo eines bei dem Gläubiger allererſt begründeten, nicht aber ihm verpfändeten Rechtes vorhanden, während das Afterpfand ſeinem Begriffe nach vorausſetzt, daß das, das Objekt des erſten Pfandrechtes Bildende, von dem Pfandberechtigten weiter verpfändet werde, und deshalb iſt auch in unſeren Quellen bei dem subpignus immer nur von der Verpfändung der res pignerata die Rede.

---

1) fr. 17. §. 2. de pactis. (2. 14.)
2) §. 7. J. de act. (4. 6.). von Buchholz, juriſtiſche Abhandl. Nro. 22. S. 282 — 285.

So ſagt *Marcianus:* „Quum pignori *rem pigneratam* accipi posse placuerit“ ... [1]), und faſt gleichlautend der Kaiſer *Gordianus:* „Etiam *id, quod pignori obligatum* est a creditore pignori obstringi posse, jam dudum placuit“ ... [2]). Ebenſo ſagt *Scaevola:* „Et si mihi pignori dederis et ego *eandem rem alii pignoravi*“ ... [3]), und die Kaiſer *Diocletianus* und *Maximianus:* „Si creditor *possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuit obligata,* non vendidit, sed *alii creditori* pignori dedit“ ... [4]) Nur einmal findet ſich der Ausdruck: „si *pignus creditor pignori dederit*“ [5]), wo aber *pignus* nicht für „Pfandrecht,“ ſondern für „verpfändete Sache“ ſteht. Auch iſt man zu der Annahme: das Afterpfand beſtehe in einem Pfandrechte an einem Pfandrechte, wohl nur durch die Vorausſetzung verleitet worden, daß das Pfandrecht beſtimmte, aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums abgelöſ'te Befugniſſe enthalte, welche als ſelbſtſtändiges Objekt des Pfandrechts in derſelben Art in Betracht kämen, wie die dem Servitut-Berechtigten zuſtehenden Befugniſſe als ſelbſtſtändiges Objekt des Servitutrechtes in Betracht kommen. Daß dem aber nicht ſo ſey, daß vielmehr das Pfandrecht, obgleich es einen, daſſelbe von allen übrigen Rechten unterſcheidenden Inhalt hat, doch nicht, wie die Servitut, ein nur ihm eigenthümliches Objekt habe, dürfte nach dem, was wir über die Natur des Pfandrechtes im Verhältniſſe zu den übrigen Sachenrechten und der Servitut insbeſondere bemerkt haben, nicht wohl bezweifelt werden. Hiernach erfaßt nämlich das Pfandrecht das Objekt des verpfändeten Rechtes ſelbſt, jedoch nicht als dem Gläubiger eigenthümlich zuſtehend, ſondern als für deſſen Forderung verhaftet, wodurch es eben möglich wird, daß als Objekt des Pfand-

---

1) fr. 13. §. 2. de pignorib. (20. 1.)
2) c. 1. C. si pignus pignori. (8. 24.)
3) fr. 14. §. 3. de divers. temporal. praescript. (44. 3.)
4) c. 2. C. si pignus pignori. (8. 24.)
5) fr. 40. §. 2. de pignorat. act. (13. 7.)

rechtes bald eine körperliche Sache, bald eine servitus, bald auch blos ein nomen vorkommen kann. Da nun der Gläubiger unmittelbar in Beziehung auf die ihm verpfändete Sache berechtigt iſt, ſo hat er auch das Recht, dieſelbe zu verpfänden, und es entſteht durch die Verpfändung von Seite des Pfandgläubigers ein wirkſames Pfandrecht für den Afterpfandgläubiger, ſollte ſich auch der Verpfänder hierbei nicht als Pfandgläubiger zu erkennen geben, der Afterpfandgläubiger alſo ihn für den Eigenthümer oder ſonſtigen urſprünglich Berechtigten ſelbſt gehalten haben [1]). Auch ſteht dem Pfandgläubiger das Recht, die ihm verpfändete Sache weiter zu verpfänden, nicht etwa erſt vom Augenblicke, wo ſeine Forderung fällig geworden iſt, zu, ſondern ſchon von dem Augenblicke der Begründung des Pfandrechtes. Zwar iſt die Afterverpfändung nur deshalb zuläſſig, weil der Gläubiger das Recht hat, die verpfändete Sache zu veräußern; allein damit iſt nicht geſagt, daß er das Recht zu verpfänden nicht eher habe, als das Veräußerungsrecht. Uebrigens kann der Gläubiger, wenn ihm ein Fauſtpfand an einer Sache iſt eingeräumt worden, dieſelbe entweder wieder als Fauſtpfand überlaſſen, oder auch blos verhypotheciren [2]), wie ſich dies eigentlich von ſelbſt verſteht, aber auch in unſeren Quellen noch ausdrücklich bemerkt wird:

Julianus libro XLIV. digestorum.

Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est; si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio, et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit, quas palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum acceperit. *Plane si creditor nuda conven-*

---

1) Daß der Pfandgläubiger, da wo er ſich bei der Verpfändung des ihm verpfändeten Objekts als Eigenthümer u. ſ. f. gerirt hat, ſo weit dies nachtheilig für den zweiten Pfandgläubiger iſt, letzterem perſönlich verhaftet ſey, verſteht ſich von ſelbſt.

2) Hepp, Archiv. Bd. XIII. S. 355.

tione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perſeverabit [1]).

Zwar denkt man bei dieſer Stelle gewöhnlich nicht an eine vom Pfandgläubiger beſtellte Hypothek, ſondern vielmehr an eine vom Schuldner dem Gläubiger eingeräumte; allein nach der Faſſung der Stelle wird der Gläubiger als Disponent betrachtet, was er nur bei der Afterverpfändung iſt, nicht aber da, wo ihm eine Sache verpfändet wird.

Enthält demnach die Afterverpfändung zwar eine weitere Verpfändung des verpfändeten Objekts, ſo darf dies doch nicht ſo verſtanden werden, als würden dadurch die Wirkungen herbeigeführt, welche mit der Verpfändung von Seite des Eigenthümers u. ſ. f. eintreten, vielmehr kann der Gläubiger, wie ſich eigentlich von ſelbſt verſteht, die ihm verpfändete Sache nur im Umfange ſeines Rechtes verpfänden [2]), einerlei, ob er ſich bei der Verpfändung als Pfandgläubiger zu erkennen gegeben, oder ſich als Eigenthümer u. ſ. f. gerirt hat. Daraus folgt zunächſt, daß er objektiv nichts Anderes verpfänden kann, als was ihm iſt verpfändet worden. Iſt ihm demnach nur der usufructus an einer Sache pfandweiſe eingeräumt worden, ſo kann auch das von ihm conſtituirte Pfandrecht wieder nur an dem usufructus, nicht aber an der proprietas, Statt finden, ſollte er auch die Sache ſelbſt, einerlei, ob als vorgeblicher Pfandberechtigter, oder als Eigenthümer, verpfändet haben:

Imp. *Gordianus* A. Lamponi et aliis.

Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit. Sed si vos usumfructum possessionis

---

1) fr. 33. §. 4. de usurpat. (41. 3.)

2) Nach dem Grundſatze: nemo alteri plus juris concedere potest, quam ipse habet. fr. 54. de R. J. (50. 17.) Glück, Comment. Bd. XIV. S. 58.

tantummodo pignori dedistis, isque qui accepit, alii eam possessionem, cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoravit, creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens dominio vos privare nequivit. Quodsi non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum principum placitis continetur [1]).

Das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers iſt demnach bedingt durch das Pfandrecht ſeines Verpfänders, und kann, weil eben nur der Pfandgläubiger, nicht der Eigenthümer, daſſelbe beſtellt hat, auch nur mit einer utilis hypothecaria actio geltend gemacht werden. Ebendeshalb erliſcht auch ſein Pfandrecht, wenn das Pfandrecht ſeines Verpfänders erliſcht, namentlich alſo, wenn die Forderung des Afterverpfänders durch Zahlung getilgt wird; wobei es einerlei iſt, ob die Zahlung an den Afterverpfänder oder an den Afterpfandgläubiger erfolgt:

Papinianus libro III. responsorum.

Soluta pecunia creditor possessionem pignoris quae corporalis apud eum fuit, restituere debet, nec quidquam amplius praestare cogitur. *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur* [2]).

---

1) c. 1. C. si pignus pignori. (8. 24.)

2) fr. 40. §. 2. de pignerat. act. (13. 7.) cf. fr. 13. §. 2. de pignorib. (20. 1.) verbis: *Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.* fr. 14. §. 3. de divers. temp. praescript. (44. 3.) verbis: *quamdiu pecuniam mihi non exsolveris.* c. 2. C. si pignus pignori (8. 24.). Impp. *Diocletianus* et *Maximianus* A. A. Gemello. Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri *poteris eam soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur,* intercessu praesidis provinciae *recuperare.*

Schon hieraus folgt, was noch ausdrücklich bemerkt wird, daß das Afterpfandrecht an der Sache nicht weiter reiche, als die beiderſeitigen Forderungen (des Afterverpfänders und Afterpfandgläubigers) ſich decken, daß mithin der Afterpfandgläubiger, ſollte er auch mehr an den Afterverpfänder zu fordern haben, als die Summe beträgt, für welche dieſem das Pfand war beſtellt worden, dennoch dem erſten Verpfänder gegenüber nur bis auf den Belauf der letzteren an der Sache berechtigt erſcheint, ſo daß, wenn die Forderung, für welche das Pfand dem Afterverpfänder war beſtellt worden, durch Zahlung an den Afterverpfänder oder auch den Afterpfandgläubiger iſt getilgt worden, dem letzteren gegen den beſitzenden Verpfänder weiter keine persecutio, und wenn dieſer gegen ihn, als Beſitzer der verpfändeten Sache, klagend auftritt, auch keine exceptio mehr zuſteht:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, *quatenus utraque pecunia debetur*, *pignus secundo creditori tenetur*, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur [1]).

Daß die Worte: „*quatenus utraque pecunia debetur*“ entſprechend nur durch: „ſoweit die beiderſeitigen Forderungen ſich decken“ überſetzt werden können, unterliegt wohl keinem Zweifel, indem die gewöhnliche Ueberſetzung [2]): „ſo lange die beiderſeitigen Forderungen beſtehen,“ offenbar das nicht erſchöpfend wiedergibt, was Marcian ſagen will, während erſtere Deutſchung außer dem Hauptgedanken Marcian's, für welchen Umfang der

1) fr. 13. §. 2. de pignorib. (20. 1.)

2) Vergl. Glück, Comment. Bd. XIV. S. 58. Note 79. *Huschke*, de pignore nominis pag. 29. not. y. Hepp, Archiv. Bd. XIII. S. 356. Sintenis, in der Ueberſetzung des corpus juris. Bd. II. S. 480.

Forderung nämlich dem Afterpfandgläubiger das Pfand hafte, zugleich auch, wie das lateiniſche: quatenus utraque pecunia debetur, die Beziehung auf das Bedingtſeyn des Afterpfandrechtes durch das Fortbeſtehen der beiderſeitigen Forderungen enthält, indem, wenn beide Forderungen ſich decken ſollen, dieſelben auch nothwendig noch beſtehen müſſen [1]. Ganz anders muß ſich aber die Sache dem Afterverpfänder gegenüber verhalten; denn dieſer muß, um ſich gegen die actio hypothecaria des Afterpfandgläubigers zu ſchützen, oder um die verpfändete Sache von dem Afterpfandgläubiger abfordern zu können, letzterem ſtets die Summe zahlen, für welche er das Afterpfand beſtellt hat, ſollte ſich dieſelbe auch viel höher belaufen als die Forderung, für welche ihm die Sache ſelbſt verpfändet iſt. Zwar laſſen ſich für dieſen Satz keine Belegſtellen aus unſeren Rechtsquellen anführen; allein er verſteht ſich ſo ſehr von ſelbſt, daß er keiner weiteren Belege bedarf.

So wie nun das Afterpfandrecht ein Pfandrecht an der verpfändeten Sache iſt, weshalb eben dem Afterpfandgläubiger zur Verfolgung derſelben eine utilis hypothecaria actio zuſteht, ſo hat der Afterpfandgläubiger auch das Recht, die Pfandſache zum Zwecke ſeiner Befriedigung zu veräußern, wozu jedoch erforderlich iſt, daß die Forderung des Afterverpfänders fällig ſey, indem ſonſt ein Veräußerungsrecht bei dem Afterpfandgläubiger ſo wenig begründet iſt, als beim erſten Pfandgläubiger. Dieſes Veräußerungsrecht des Afterpfandgläubigers wird in dem ſchon oben allegirten Reſcripte von Gordian in c. 1. C. pignus pignori. (8. 24.) auch ausdrücklich anerkannt,

1) Es iſt durch das: „quatenus utraque pecunia debetur“ das, was Alexander in c. 4. C. quae res pignori (8. 16.) dadurch, daß er dem Pfandgläubiger, dem ein nomen war verpfändet worden, reſcribirt: der urſprüngliche Schuldner werde genöthigt: „satis tibi facere usque ad id quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, quatenus tamen ipse debet,“ ausdrückt, gleichfalls, jedoch kürzer, ausgedrückt. Aehnlich erklärt jene Worte Mühlenbruch, Ceſſion. S. 333. Note 175. Vergl. auch Hepp, Archiv. Bd. XIII. S. 356 u. 357.

indem der Kaiſer bemerkt, daß, wenn der erſte Pfandgläubiger das ihm verpfändete Objekt weiter verpfändet, und der Afterpfandgläubiger daſſelbe, ehe die erſte Pfandſchuld ſey abgetragen worden, veräußert habe, die Veräußerung nicht könne angefochten werden:

„Quodsi non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata, et ante exsolutam a domino pecuniam, creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum principum placitis continetur.“

Aber nicht blos die Forderung des Afterverpfänders muß fällig ſeyn, damit der Afterpfandgläubiger giltig veräußern könne, ſondern auch die des Afterpfandgläubigers, wie ſich dies deshalb von ſelbſt verſteht, weil die Veräußerungs-Befugniß dem Pfandgläubiger immer nur für den Fall eingeräumt iſt, daß er nicht zu gehöriger Zeit befriedigt werde [1]. Hat demnach der erſte Pfandgläubiger, erſt nachdem ſeine Pfandforderung ſchon fällig geworden war, für eine von ihm contrahirte, noch nicht fällige Schuld eine Afterverpfändung vorgenommen, ſo kann dies für den erſten Verpfänder inſofern vortheilhaft ſeyn, als jetzt, ehe die Forderung des Afterpfandgläubigers fällig geworden iſt, nicht zur Veräußerung der verpfändeten Sache geſchritten werden kann, ſelbſt nicht von Seite des Afterverpfänders. Der Afterpfandgläubiger iſt nämlich in Concurrenz mit dem Afterverpfänder potior in pignore:

Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum.

Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pignoravi, meus creditor utetur accessione tui temporis tam adversus extraneum quam adversus te ipsum, quamdiu pecuniam mihi non exsolveris. *Nam*

1) fr. 4. de distract. pign. (20. 5.). *Papinianus* libro XI. responsorum. Cum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur. cf. c. 5 u. 8. C. eod. (8. 28.)

qui me potior est, quum ego te superaturus sim, multo magis adversus te obtinere debet. Sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur [1]).

und demnach kann auch der Afterverpfänder die von ihm weiter verpfändete Sache, mit der Wirkung, daß dadurch das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers aufhöre, nicht veräußern [2]).

Durch die bisherigen Bemerkungen hoffen wir gezeigt zu haben, daß das subpignus nur in der Verpfändung der verpfändeten Sache im Umfange des Rechtes des Afterverpfänders bestehe, und es bleibt uns demnach nur noch die Frage zu erörtern übrig, ob das subpignus zugleich eine Verpfändung des Forderungsrechts, für welches dem Afterverpfänder die verpfändete Sache haftet, enthalte. Diejenigen Rechtslehrer, welche mit der Afterverpfändung zugleich eine stillschweigende Verpfändung des Forderungsrechtes des Afterverpfänders verbunden glauben, stützen sich hauptsächlich auf die accessorische Natur des Pfandrechtes, woraus sie dann folgern, daß, weil das Pfandrecht ohne die Forderung, für welche es bestellt ist, nicht bestehen kann, dasselbe auch ohne letztere nicht verpfändet werden könne, und daß demnach die Afterverpfändung immer auch eine stillschweigende Verpfändung des Forderungsrechtes enthalte [3]). Allein diese Schlußfolgerung würde uns nicht befriedigen, selbst wenn wir die Afterverpfändung für eine Verpfändung des Pfandrechtes, nicht aber der verpfändeten Sache, hielten; denn um dieselbe einigermaßen zu begründen, hätte erst nachgewiesen werden müssen, daß das Pfandrecht im Sinne der Prädial-Servituten accessorischer Natur sey, d. h. daß so wie diese, selbst der Ausübung nach, nicht von dem herrschenden

---

1) fr. 14. §. 3. de div. temporal. praescript. (44. 3.)

2) fr. 1 u. 5. de distract. pign. (20. 5.) c. 8. C. qui potiores. (8. 18.)

3) Vergl. Mühlenbruch, Cession. S. 332 u. 333. von Löhr, Archiv. Bd. XIV. Heft 2. S. 262. Gesterding, Pfandrecht. S. 80. Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim's Lehrbuch. Heft 2. S. 541.

oder dienenden Grundſtücke, ſo das Pfandrecht nicht von der Forderung getrennt werden könne; denn die Verpfändung des Pfandrechtes würde ja nicht eine Uebertragung des Pfandrechtes dem Rechte nach enthalten, ſondern gerade wie die Verpfändung ſonſtiger Rechte, nur eine pfandweiſe Einräumung eines Pfandrechtes zum Zwecke der Sicherheit einer Forderung. Wäre aber auch das Pfandrecht weder dem Rechte noch der Ausübung nach getrennt von der Forderung übertragbar, ſo würde immer nur geſagt werden können: da das Pfandrecht, getrennt von der Forderung, weder dem Rechte noch der Ausübung nach einem Andern überlaſſen werden kann, ſo kann daſſelbe auch nur mit der Forderung verpfändet werden; nicht aber: ſo liegt in der Verpfändung des Pfandrechtes auch eine ſtillſchweigende Verpfändung des Forderungsrechtes; denn ſonſt müßte man auch ſagen: da eine servitus praedii, getrennt vom herrſchenden Grundſtücke, einem Andern weder dem Rechte noch der Ausübung nach überlaſſen werden kann, ſo enthält die Verpfändung einer Prädial-Servitut auch eine ſtillſchweigende Verpfändung des herrſchenden Grundſtückes; dann wäre aber, ſo wie im letzteren Falle nicht ein pignus servitutis, ſondern ein pignus praedii beſtände, auch im erſteren Falle nicht ein pignus pignoris, ein subpignus, ſondern vielmehr ein pignus nominis vorhanden [1]). Da jedoch die Römer nirgends von einer Verpfändung des Pfandrechtes, ſondern, wie nachgewieſen, immer nur von einer Verpfändung der verpfändeten Sache reden, welche Befugniß ſie dem Pfandgläubiger, wegen ſeines unmittelbaren Rechtes an der Sache, in der Art einräumen, daß das Objekt des erſten Pfandrechtes auch das Objekt des zweiten Pfandrechtes bildet, nur daß das zweite Pfandrecht abhängig iſt von dem Umfange und dem Beſtehen des erſten, ſo haben wir um ſo weniger Urſache bei der Afterverpfändung, blos wegen der acceſſoriſchen Natur des Pfandrechtes, an eine ſtillſchweigende Verpfändung des dem erſten Pfandrechte zu

1) Dies ſpricht auch Thibaut, wenn man anders den Zuſätzen zu ſeinem Pandekten-Syſteme von Braun Bd. II. §. 635 u. 648. Glauben beimeſſen kann, geradezu aus.

Grunde liegenden Forderungsrechtes, zu denken, als ja dem Pfandgläubiger auch das Recht zuſteht, die ihm verpfändete Sache zu verpachten [1]), ſelbſt an den Verpfänder [2]), wobei doch Niemand daran denkt, daß hiermit das Forderungsrecht des Pfandgläubigers mit verpachtet ſey.

Bisher haben wir zu zeigen geſucht, daß aus der acceſſoriſchen Natur des Pfandrechtes keineswegs gefolgert werden könne, daß mit der Afterverpfändung zugleich eine ſtillſchweigende Verpfändung des dem Afterverpfänder zuſtehenden perſönlichen Forderungsrechtes verbunden ſey, und es fragt ſich demnach nur: ob nicht etwa durch poſitive Beſtimmung eine ſolche, als in der subpignoratio enthalten, angenommen werde. Man hat ſich hierfür auf ein von Marcian herrührendes, ſehr beſtrittenes [3]) Fragment berufen:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non? Quid enim si res soluta fuerit? Et verum est, quod *Pomponius* libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, ex-

1) fr. 23. pr. de pignoribus (20. 1.). *Modestinus* libro III. regularum. Creditor praedia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit.

2) fr. 37. de pignorat. act. (13. 7.). *Paulus* libro V. ad Plautium. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia ante quam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. cf. fr. 37. de acq. poss. (41. 2.)

3) Ueber die verſchiedenen Erklärungen dieſer Stelle vergl. Hepp, Archiv. Bd. XIII. Heft 3. S. 355 folg. und die daſelbſt angeführten Schriftſteller, und Bd. XV. Heft 1. S. 86 folg. Geſterding, Pfandrecht. S. 78 — 81.

acta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem [1]).

Weil ſich Marcian hier rückſichtlich der Frage: ob nicht dem Afterpfandgläubiger, im Falle der erſte Verpfänder ſeine Schuld abgetragen und dadurch ſeine Sache von dem Pfandnexus befreit habe, ein utiles Pfandrecht an den Objekten der früheren Pfandſchuld zuſtehe, auf die Entſcheidung des Pomponius für den Fall, wo ein nomen (ein perſönliches Forderungsrecht) war verpfändet worden, beruft, ſo hat man angenommen, daß das subpignus ebenfalls eine Verpfändung eines perſönlichen Forderungsrechtes, und zwar des perſönlichen Forderungsrechtes des Verpfänders, enthalten müſſe, weil ſonſt jene Berufung ganz unpaſſend ſeyn würde; und daß demnach bei der subpignoratio nicht blos die von Marcian ausdrücklich bemerkte Folge der Verpfändung eines perſönlichen Forderungsrechtes, — wonach, wenn der erſte Verpfänder nicht Geld oder gerade fungibele Sachen derſelben Art, wie ſie der Afterpfandgläubiger zu fordern hat, ſchuldig war, der Afterpfandgläubiger an den gezahlten Objekten der früheren Pfandſchuld des erſten Verpfänders ein utiles Pfandrecht haben ſoll, — ſondern auch alle übrigen Folgen eines pignus nominis eintreten müßten, ſo daß alſo der Afterpfandgläubiger durch die Anzeige der geſchehenen Afterverpfändung an den erſten Verpfänder bewirken könne, daß dieſer nicht mehr durch Zahlung an den Afterverpfänder befreit werde [2]), weil dies auch bei dem nomen oppignoratum ſich ſo verhalte:

1) fr. 13. §. 2. de pign. (20. 1.). Die Baſiliken geben über dieſe Stelle gar keinen Aufſchluß, indem ſie, nach der Bemerkung, daß eine verpfändete Sache vom Gläubiger weiter verpfändet werden könne, wo dann durch die Zahlung der urſprünglichen Pfandſchuld beide Pfandrechte erlöſchen, geradezu die Verpfändung eines perſönlichen Forderungsrechtes folgen laſſen.

2) Weſtphal, Pfandrecht. §. 144. Glück, Comment. Bd. XIV. S. 60 folg. Mühlenbruch, Ceſſion. S. 332. Schweppe, Handbuch. Bd. II. §. 340. Fritz, Erläuter. zu v. Wening-Ingenheim's Lehrbuch. Heft 2. S. 541.

Imp. *Alexander* A. Evocato.

Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit, solvit, *nondum certior a te de obligatione tua factus*, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris compelletur, quatenus tamen ipse debet. [1])

und daß demnach auch der Afterpfandgläubiger die Forderung, für welche dem Afterverpfänder die verafterpfändete Sache war verpfändet worden, mit einer utilis actio in personam einklagen könne, gerade ſo wie dem Pfandgläubiger, welchem ein nomen ſey verpfändet worden, eine utilis actio gegen den Schuldner ſeines Verpfänders zuſtehe [2]). Ja von Löhr will ſogar die Worte Marcian's in dem fr. 13. §. 2. de pign. cit.: „*et tam exceptio quam actio utilis ei danda est*," geradezu auf die actio in personam aus dem Forderungsrechte des Afterverpfänders beziehen [3]); und hält man die subpignoratio zugleich für eine Verpfändung des Forderungsrechtes des Afterverpfänders, ſo muß man dem Afterpfandgläubiger conſequent auch das Recht einräumen, die Forderung ſeines Verpfänders zum Zwecke ſeiner Befriedigung zu veräußern, ſo daß der Käufer nun als Ceſſionar in Betracht käme; denn dieſer Befriedigungsweg iſt ja dem Gläubiger, welchem ein nomen iſt verpfändet worden, gleichfalls geſtattet:

1) c. 4. C. quae res pign. (8. 16.)

2) Vergl. die S. 114. Note 2. angeführten Rechtslehrer und fr. 18 pr. de pignorat. act. (13. 7.)

3) Archiv. Bd. XIV. Heft 2. S. 163. Note 7. und S. 164. Note 11. Daß aber die hier erwähnte actio utilis nicht eine actio in personam utilis, ſondern eine actio hypothecaria utilis ſey, geht aus der Anſicht der Stelle ſelbſt hervor. Sie iſt deshalb nicht die directa, weil die Verpfändung nicht von dem Eigenthümer, ſondern von dem Pfandgläubiger ausgegangen iſt; vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes. Nro. IX. S. 116 — 117.

Imp. *Diocletianus* et *Maximianus* A. A. Manassae.

Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, ordinarium visum est, *post nominis venditionem utiles emtori*, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti *dandas actiones* [1]).

Ein gewiſſes Mißtrauen gegen die Richtigkeit dieſer Theorie dürfte jedoch ſchon der Umſtand herbeiführen, daß, wie Geſterding in der zweiten Auflage ſeines Pfandrechtes, in welcher er die angegebene Theorie adoptirt hat, ſelbſt bemerkt [2]): „alle die verhältnißmäßig vielen Stellen, die vom verpfändeten Pfande handeln, blos von der Sache reden, daß in allen nur die Rechte des Gläubigers am verpfändeten Pfande hervortreten, und von den Rechten gegen die Perſon des (erſten) Schuldners auch nicht einmal nebenher die Rede iſt.“ Sehr mit Recht bemerkt daher auch Hepp [3]), daß die Schlußfolgerung, welche man auf die eine, von Marcian hervorgehobene, dem subpignus mit dem pignus nominis gemeinſchaftliche Wirkung, auf Gleichſtellung beider Verhältniſſe auch in ihren übrigen Wirkungen baut, keinen hinlänglichen Grund habe; denn mit eben dem Rechte würde man auch aus dem Umſtande, daß die Verpfändung eines Forderungsrechts theilweiſe ähnliche Wirkungen herbeiführt, wie die Ceſſion eines ſolchen, auch folgern können, daß die Verpfändung eines Forderungsrechtes eine Ceſſion deſſelben enthalte, wodurch dann das pignus nominis aufgehoben und ſtatt deſſen eine datio in solutum herbeigeführt würde, gerade wie durch die obige Schlußfolgerung das subpignus in ein pignus nominis umgewandelt wird.

So wenig wir aber der bisher angegebenen, jetzt gewöhnlich angenommenen Erklärung des fr. 13. §. 2. cit. beiſtimmen können, eben ſo wenig können wir der von Hepp [4]) verſuchten Erklärung Beifall geben; ſo wie es uns denn überhaupt ſcheint,

---

1) c. 7. C. de heredit. vel act. vend. (4. 39.)

2) Pfandrecht. S. 80. Note 30.

3) Archiv. Bd. XIII. Heft 3. S. 374 folg. Bd. XV. Heft 1. S. 86.

4) Archiv. Bd. XV. Heft 1. S. 86 — 88.

daß man bei der Erklärung der fraglichen Stelle die Natur des Pfandrechtes nicht berückſichtigt habe, und demnach da Schwierigkeiten finden mußte, wo, hätte man die Natur des Pfandrechtes berückſichtigt, ſolche nicht vorhanden geweſen wären. Das Auffallende nämlich, welches die verſchiedenen Erklärungsverſuche veranlaßt hat, iſt, daß Marcian eine Entſcheidung des Pomponius über die Folgen, welche bei einem pignus nominis dadurch, daß die verpfändete Forderung durch Zahlung getilgt wird, für den bisherigen Pfandgläubiger an dem nomen, in Beziehung auf die gezahlten Objekte, herbeigeführt werden, anwendet auf den Fall, wo derjenige, dem für ſeine Forderung ein Pfand war beſtellt worden, die verpfändete Sache weiter verpfändet hatte, und nun das beiderſeitige Pfandrecht durch die Abtragung der urſprünglichen Pfandſchuld erliſcht. Es ſoll nämlich in beiden Fällen, wenn die Zahlung an den Pfandgläubiger des erſten Gläubigers erfolgt, im Falle die Forderung des erſteren auf fungibele Sachen derſelben Art gerichtet war, als worin die Zahlung erfolgte, Compenſation eintreten; war dagegen die Forderung des Verpfänders oder Afterverpfänders auf species (corpora) gerichtet, ſo ſoll der, dem die Forderung oder die dafür verpfändete Sache war verpfändet worden, ein Pfand-Recht an den abgetragenen species erlangen, welches Pfandrecht ihm auch zuſtehen ſoll, wenn die Zahlung der ſchuldigen species nicht an ihn, ſondern an den eigentlichen Gläubiger erfolgte; während für den Fall, wo die verpfändete Forderung nicht auf species, ſondern auf fungibele Gegenſtände gerichtet war, und dieſe an den Verpfänder abgetragen wurden, ſich eine ausdrückliche Beſtimmung darüber, ob etwa der Pfandgläubiger an ihnen auch ein Pfandrecht erlange, nicht findet; doch leugnet man letzteres in der Regel [1]), und zwar, wie es

1) Pfeiffer, praktiſche Ausführungen. Bd. I. Nro. 1. S. 5. und alle übrigen Rechtslehrer. Nur *Gaupp*, de nominis pignore. p. 44. will auch an den Geldſtücken, wenn die Zahlung an den erſten Gläubiger erfolgte, dem, dem das nomen oder pignus war verpfändet worden, ein utiles Pfandrecht einräumen.

uns ſcheint, mit Recht; denn die abgetragenen Stücke war der Schuldner eigentlich nicht ſchuldig, und dieſelben haben durch die Zahlung rechtlich aufgehört zu exiſtiren: quoniam functionem suam receperunt [1]). Gerade der letztere Fall veranlaßte Marcian bei der Afterverpfändung die Frage aufzuwerfen: ob nicht der Afterpfandgläubiger an den an den Afterverpfänder gezahlten Geldſtücken ein Pfandrecht erhalte? und für die Beantwortung dieſer Frage ſich auf die Entſcheidung des Pomponius bei einem nomen oppigneratum zu berufen. Dieſe Berufung wußte man ſich nun nicht anders zu erklären, als daß man annahm: das subpignus enthalte gleichfalls ein pignus nominis, und zwar nach der gewöhnlichen Theorie eine Verpfändung der perſönlichen Forderung des Afterverpfänders, für welche ihm die Sache war verpfändet worden, nach der von Hepp [2]) aufgeſtellten Erklärung aber eine Verpfändung des aus dem Pfandvertrage (contractus pignoratitius oder pactum hypothecae) des Afterverpfänders mit dem erſten Verpfänder für erſteren entſpringenden perſönlichen Forderungsrechtes. Daß die letztere Erklärung auf unrichtigen Vorausſetzungen beruhe, haben wir ſchon oben nachgewieſen, ſie würde aber, ſelbſt wenn ſich der von Hepp aufgeſtellte Begriff des subpignus rechtfertigen ließe, doch zur Erklärung der Stelle von Marcian, namentlich des ſeiner Berufung auf die Entſcheidung des Pomponius unterliegenden Grundes, gar Nichts beitragen, weil ſich nun immer noch fragen würde: wie Marcian dem Afterpfandgläubiger, nach Abtrag der von dem Schuldner des Afterverpfänders gezahlten species, an dieſen gerade ſo ein Pfandrecht zuſprechen könne, als wenn ihm die perſönliche Forderung auf letztere ſelbſt verpfändet wäre. Es rechtfertigt ſich aber die Berufung Marcian's auf die Entſcheidung bei einem nomen oppigneratum, ohne daß man eine ſtillſchweigende Verpfän-

---

1) fr. 1. §. 1. de reb. cred. (12. 1.). Vergl. Pfeiffer a. a. O. und von Löhr, Archiv. Bd. XIV. S. 163.

2) Archiv. Bd. XV. S. 86 — 88.

dung des perſönlichen Forderungsrechtes des Afterverpfänders bei der Afterverpfändung anzunehmen braucht, wodurch eben, wie oben gezeigt wurde, das subpignus in ein pignus nominis verwandelt würde, vollkommen aus der Natur des Pfandrechtes. Das Pfandrecht iſt nämlich ſelbſt ein Forderungsrecht, aber nicht ein perſönliches, ſondern ein dingliches, es iſt eine obligatio rei; die verpfändete Sache haftet als persona accessorie obligata für dieſelben Objekte, für welche der debitor principalis haftet [1]. Verpfändet demnach der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache, ſo verpflichtet er dieſelbe, ſo weit ſie ihm verhaftet iſt, alſo rückſichtlich ſeiner Forderung an dieſelbe, ſeinem Gläubiger, und demnach muß dann auch, wenn die Gegenſtände, für welche ſie haftet, abgetragen werden, ganz daſſelbe eintreten, was eintritt, wenn der Gläubiger ſeine perſönliche Forderung auf jene Objekte verpfändet hat, wonach die indirekte Entſcheidung Marcian's auf die von ihm aufgeworfene Frage ganz paſſend, und eigentlich erſt allein paſſend, erſcheint; denn enthielte das subpignus eine ſtillſchweigende oppigneratio nominis, ſo würde die von Marcian aufgeworfene Frage und die darauf gegebene Entſcheidung jedenfalls ſonderbar genannt werden müſſen; denn wenn das subpignus ein pignus nominis, mithin alle Folgen der Verpfändung des perſönlichen Forderungsrechtes enthält, wofür dann die Frage in Beziehung auf die eine Folge und deren Entſcheidung nach Analogie des pignus nominis? Nach unſerer Erklärung ſteht aber Alles im beſten Zuſammenhange. Marcian ſagt nun: „Da man angenommen hat, daß eine verpfändete Sache (vom Pfandgläubiger) wieder verpfändet werden könne, ſo iſt die Sache dem Afterpfandgläubiger, ſo weit ſich die beiderſeitigen Forderungen decken, verhaftet, und es muß ihm daher (wenn er ſich im Beſitze befindet) eine exceptio, und auch (wenn er ſich nicht im Beſitze befindet) eine actio utilis (hypothecaria) gegeben werden. Im Falle da-

---

1) Vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechtes, und oben S. 16.

gegen der Eigenthümer (der verpfändeten Sache) die ſchuldige Summe gezahlt hat, ſo erliſcht auch das Pfandrecht. Es kann aber noch der Zweifel entſtehen: ob nicht dem Afterpfandgläubiger in Beziehung auf die gezahlten Geldſtücke eine utile Pfandklage zu geben ſey, oder nicht? denn wie, wenn der Gegenſtand der abgetragenen Schuld nicht Geld, ſondern eine Sache (species) war? Und es muß hier das zur Anwendung kommen (et verum est), was Pomponius im ſiebenten Buche zum Edikte (über den Fall, wo ein nomen war verpfändet worden), ſchreibt: wenn derjenige, deſſen Schuldverſchreibung (nomen) iſt verpfändet worden, Geld ſchuldig war, ſo rechnet der Pfandgläubiger, wenn er daſſelbe eingehoben hat, damit ſeine Forderung auf, wenn er aber eine species ſchuldig war, und hat dieſe abgetragen, ſo erlangt der (zweite) Gläubiger daran ein Pfandrecht.“ Da alſo der Gläubiger, dem eine Forderung iſt verpfändet worden, im Falle der Gegenſtand der verpfändeten Forderung in Geld beſtand, und die Zahlung an ihn ſelbſt erfolgt iſt, kein Pfandrecht an den empfangenen Geldſtücken erhält, ſo kann er, auch wenn die Zahlung nicht an ihn, ſondern an ſeinen Verpfänder erfolgte, an den Geldſtücken kein Pfandrecht erhalten; während er, wenn der Gegenſtand der verpfändeten Forderung nicht in Geld, ſondern in species beſtand, an den gezahlten Stücken ſtets ein Pfandrecht erwirbt, mögen ſie an ihn ſelbſt oder an ſeinen Verpfänder gezahlt worden ſeyn; welche Grundſätze dann gleichmäßig auch bei dem subpignus eintreten, weil die verpfändete Sache, gerade ſo wie der debitor ſelbſt, dem Gläubiger für ſeine Forderung obligirt iſt.

Hiernach iſt alſo das subpignus immer eine Verpfändung der verpfändeten Sache, nicht aber eine Verpfändung des Pfandrechts, und auch nicht eine Verpfändung der perſönlichen Forderung des Afterverpfänders. Es verhält ſich vielmehr bei der Afterverpfändung gerade ſo, als wenn der Bürge ſich im Auftrage des Gläubigers, bei welchem er ſich urſprünglich verbürgt hat, für dieſen bei deſſen Gläubiger, ſo weit er aus

der urſprünglichen Bürgſchaft haftet, weiter verbürgt; denn ſo wie hier der Bürge ſich im Auftrage des Gläubigers weiter verbürgt, ſo verpfändet der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache in dem Umfange, in welchem ihm dieſelbe verhaftet iſt, ſeinem Gläubiger, und letzterer hat demnach auch eine utile Pfandklage, gerade ſo, wie im erſteren Falle der Gläubiger gegen den Bürgen eine Bürgſchaftsklage hat, und es erliſcht auch das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers durch die Zahlung der Schuld des erſten Verpfänders gerade ſo, wie die Bürgſchafts-Verbindlichkeit des Bürgen auch in Beziehung auf den zweiten Gläubiger dadurch erliſcht, daß der urſprüngliche Schuldner ſeine Schuld abträgt. So wenig aber der zweite Gläubiger in dieſem Falle eine perſönliche Klage gegen den debitor principalis ſeines Schuldners hat, ſo wenig hat auch der Afterpfandgläubiger eine perſönliche Klage gegen den Schuldner des Afterverpfänders, und ſo wenig daher jener den Schuldner ſeines Schuldners durch die Benachrichtigung davon, daß der Bürge des letzteren ſich im Umfange ſeiner urſprünglichen Bürgſchaftsſchuld weiter verbürgt habe, verhindern kann, rechtsgiltig an ſeinen Gläubiger zu zahlen und dadurch zugleich den Bürgen zu befreien, ſo wenig kann auch der Afterpfandgläubiger, durch die Denunciation von der geſchehenen subpignoratio an den erſten Verpfänder, dieſen verhindern, an ſeinen Pfandgläubiger zu zahlen, und dadurch ſein Pfand zu befreien [1]).

Durch die bisherigen Bemerkungen hoffen wir unſere Anſicht über das subpignus hinlänglich entwickelt und auch gerechtfertigt zu haben, und wir wenden uns demnach:

C) zur Verpfändung der Emphyteuſe und Superficies, die wir, um Wiederholungen zu vermeiden,

1) Im Reſultate mit unſerer Anſicht über das subpignus und deſſen Wirkungen, iſt unter den Neueren blos von Wening-Ingenheim, Lehrbuch. Bd. I. §. 171. übereinſtimmend.

bei der im Ganzen gleichartigen Natur beider Inſtitute ganz paſſend mit einander verbinden können.

Darüber, daß ſowohl von Seite des Emphyteuta als auch von Seite des Superficiars eine Verpfändung vorkommen könne, iſt zunächſt gar kein Streit, da die Verpfändungs-Befugniß von Seite des einen ſowohl als von Seite des andern in unſern Quellen beſtimmt anerkannt wird:

Paulus libro XXIX. ad edictum.

Etiam *vectigale praedium pignori dari potest, sed et superficiarium,* quia hodie utiles actiones superficiariis dantur [1]).

Zugleich unterliegt es keinem Zweifel, daß die Verpfändung ſowohl als pignus, alſo mit Beſitzüberlaſſung, als auch, ohne letztere, als bloſe hypotheca vorkommen könne:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, *sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit* [2]).

Zwar iſt in dieſer Stelle nur von der Verpfändung der Superficies die Rede; allein bei der Emphyteuſe muß daſſelbe gelten, da bei derſelben nach der erſten Stelle jedenfalls die *pignoris* datio Statt findet, und da, wo dieſe zuläſſig iſt, auch die Hypothek zugelaſſen wird [3]).

Nur darüber ſtreitet man ſich, **was durch die Verpfändung einer Emphyteuſe oder Superficies eigentlich verpfändet ſey, die Sache oder das Recht** [4])? Zunächſt darf hier ſo viel bemerkt werden, daß

---

1) fr. 16. §. 2. de pignerat. act. (13. 7.)

2) fr. 13. §. 3. de pignorib. (20. 1)

3) fr. 11. §. 3. de pign. (20. 1.)

4) Vergl. Weſtphal, Pfandrecht. §. 137 u. 138. Geſterding, Pfandrecht. S. 68 u. 69. Hepp, Archiv. Bd. XIII. Heft 3.

dieſer Streit nicht die praktiſch-wichtigen Folgen hat, wie der über das Objekt und die Wirkungen des subpignus, und daß von dem letzteren an ſich gar kein Schluß auf die hier vorliegende Frage gilt. Das Pfandrecht beſteht nämlich nur in einer obligatio, und iſt demnach eine Sache verpfändet worden, ſo haftet dieſe dem Pfandgläubiger ganz in dem Umfange des Rechtes, welches der Verpfänder an ihr hatte, mithin, wenn der Verpfänder Eigenthümer war, dem Eigenthume nach. Verpfändet daher der Pfandgläubiger die ihm vom Eigenthümer verpfändete Sache weiter, ſo verpfändet er nicht weniger als ihm iſt verpfändet worden; er verpfändet ſie alſo wieder dem Eigenthume nach, jedoch nur ſo weit, als ſie ihm ſelbſt obligirt iſt. Ganz anders verhält es ſich dagegen bei der Emphyteuſe und Superficies; denn bei dieſen iſt dem Emphyteuta oder Superficiar nicht das Eigenthum verhaftet, ſondern ſie haben nur das Recht der unmittelbaren Eigenthums-Ausübung an dem fremden Grundſtücke oder Gebäude [1]. So wenig ſie daher durch die Veräußerung des fundus emphyteuticarius oder der aedes superficiariae das Eigenthum übertragen, ſo wenig können ſie auch letzteres verpfänden; ſie können vielmehr den fundus immer nur als *emphyteuticarius* oder die aedes als *superficiariae*, alſo nur der unmittelbaren Eigenthums-Ausübung nach, veräußern und verpfänden:

Ulpianus libro LI. ad edictum.

Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit? videamus. Et *Julianus* libro tricesimo octavo digestorum scribit: quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod jus in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. §. Sed et si non muncipibus, *sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei lega-*

S. 344. und Bd. XV. Heft 1. S. 80 — 83. *Mühlenbruch*, doctr. pand. Vol. II. §. 305. not. 6.

1) Vergl. oben S. 24 u. folg. und S. 56 u. folg.

tam, sed id jus, quod in vectigalibus fundis habemus [1]).

Idem libro LIII. ad edictum.

Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere, (nec enim dominium capere possidendo potest) sed decernendum, *ut eodem jure sit, quo foret is qui non caverat:* post quod decretum vectigali actione uti poterit [2]).

Deshalb iſt denn auch bei der Verpfändung von Seite des Emphyteuta oder Superficiars immer nur von der Verpfändung des fundus *vectigalis* oder der aedes *superficiariae* die Rede, wodurch ſchon hinlänglich ausgedrückt iſt, daß hier nicht die proprietas, ſondern nur „id jus quod in vectigalibus fundis vel aedibus superficiariis habemus," verpfändet ſey, und deshalb wird noch ausdrücklich bemerkt, daß das an einem fundus vectigalis oder an den aedes superficiariae beſtellte Pfandrecht mit dem Erlöſchen des Rechtes in der Perſon des Emphyteuta oder Superficiars gleichfalls erlöſche:

Scaevola libro I. responsorum.

Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum rediret; postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est: an recte pignori datus esset? Respondi: si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesitum est: si, quum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse, cujus potior causa esset? Respondi: *si, ut proponeretur, vectigali non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse* [3]).

---

1) fr. 71. §. 5 u. 6. de legatis. 1.

2) fr. 15. §. 26. de damno inf. (39. 2.)

3) fr. 31. de pignorib. (20. 1.)

Paulus libro LXVIII. ad edictum.

Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium [1]).

Demnach kann denn auch der Gläubiger, wenn er zur Veräußerung des fundus emphyteuticarius oder der aedes superficiariae ſchreitet, dieſelben nicht etwa der proprietas nach auf den Käufer übertragen, ſondern nur in dem Umfange, in welchem ſie ihm verpfändet ſind, alſo nur im Umfange des emphyteutiſchen oder ſuperficiariſchen Rechtes.

Deshalb hat man die Verpfändung der Emphyteuſe oder Superficies nicht für eine Verpfändung des emphyteutiſchen Grundſtückes oder des ſuperficiariſchen Gebäudes, ſondern für eine Verpfändung des emphyteutiſchen oder ſuperficiariſchen Rechtes gehalten, und nur gefragt, weßhalb die Römiſchen Juriſten, bei der Verpfändung der Emphyteuſe oder Superficies, immer nur von der Verpfändung des *ager* vectigalis oder der *aedes* superficiariae ſprächen, nirgends aber die Verpfändung des *jus* emphyteuseos oder superficiei erwähnten? Geſterding [2]), der in der zweiten Auflage ſeines Pfandrechtes die Verpfändung der Emphyteuſe und Superficies, abweichend von ſeiner früheren Darſtellung, gleichfalls für eine Verpfändung des *jus* emphyteuticum oder superficiarium anſieht, nicht aber für eine Verpfändung des *fundus* emphyteuticarius oder der *aedes* superficiariae, tadelt deshalb die römiſchen Juriſten, während Hepp [3]), obgleich der Anſicht Geſterding's rückſichtlich des Objektes der Verpfändung der Emphyteuſe und Superficies beitretend, doch die Römiſchen Juriſten wegen ihres Sprachgebrauches gegen den Tadel Geſterding's in Schutz nimmt, indem er glaubt, daß hier die Römiſchen Juriſten nur die im gemeinen

1) fr. 15. qui potiores. (20. 4.)

2) Pfandrecht. S. 68 — 69.

3) Archiv. Bd. XV. Heft 1. S. 88 — 83.

Leben übliche Ausdrucksweiſe befolgt hätten. Allein nach dem, was wir über die Natur der Emphyteuſe und Superficies und deren Verſchiedenheit von den Servituten bemerkt haben, rechtfertigt ſich das, was die Römiſchen Juriſten über das Objekt der Verpfändung von Seite des Inhabers einer Emphyteuſe oder Superficies bemerken, vollkommen. Während nämlich das unmittelbare Objekt der Servitut ſelbſt nur in jure consistit, nämlich in den, aus dem intellektuellen Umfange des Eigenthums dem Rechte nach abgelöſ'ten Befugniſſen, und demnach auch bei der Verpfändung derſelben immer nur von der Verpfändung des jus im objektiven Sinne, nicht aber von der Verpfändung eines corpus, die Rede ſeyn kann, verhält ſich dies bei der Emphyteuſe und Superficies ganz anders; denn deren unmittelbares Objekt beſteht nicht in jure, nicht in intellektuellen, aus dem Umfange des Eigenthums dem Rechte nach ausgeſchiedenen, und als ſelbſtſtändiges Objekt der Emphyteuſe oder Superficies eingeräumten Befugniſſen, ſondern in dem fundus emphyteuticarius oder den aedes superficiariae ſelbſt, weßhalb bei denſelben auch keine *juris* possessio und keine *juris* vindicatio, ſondern vielmehr eine *corporis* possessio und vindicatio vorkömmt, und weßhalb alſo auch als Objekt der Verpfändung der Emphyteuſe oder Superficies immer der fundus emphyteuticarius oder die aedes superficiariae ſelbſt genannt werden mußten, wie denn auch die dem Pfandgläubiger, im Falle ihm die Emphyteuſe oder Superficies als pignus iſt eingeräumt worden, zuſtehende possessio nicht eine juris, ſondern eine corporis possessio, und ſeine hypothecaria actio nicht eine *juris*, ſondern eine *utilis rei* vindicatio iſt.

Anhang.

Noch einige Bemerkungen über die Wirkung der Klagenverjährung.

In dem dritten Hefte ſeiner Zeitſchrift für Civil- und Criminalrecht hat Roßhirt in einem Nachtrage zu ſeiner Abhandlung über die Wirkung der Klagenverjährung [1]) und zur weiteren Begründung ſeiner Anſicht, daß nämlich durch die Verjährung der Klagen, ſelbſt bei Obligations-Verhältniſſen, wenigſtens in der Regel, nicht das Recht, ſondern nur die Klage erloſchen ſey, und demnach jenes als naturalis obligatio fortbeſtehe, hingewieſen auf neue Argumente, welche Mühlenbruch [2]) angedeutet hat, und zugleich einige Bemerkungen über meine, dieſelbe Frage behandelnde, jedoch im entgegengeſetzten Sinne entſcheidende Abhandlung eingeflochten; weßhalb hier gleichfalls noch einige Worte über dieſen Gegenſtand ihren Platz finden mögen.

Mühlenbruch will außer den gewöhnlich für die Fortdauer des Rechtes nach verjährter Klage angeführten Gründen und Stellen, dieſelbe noch auf fr. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9. 2.) und insbeſondere auf fr. 23. §. 2. de inoff. testam. (5. 2.), auf welche Stelle bisher noch gar keine Rückſicht ge-

1) In ſeiner Zeitſchrift für Civil- und Criminalrecht. Heft 2. S. 156 — 172.

2) In Glück's Comment. Bd. XXXV. S. 462. Note 67.

nommen worden ſey, ſtützen. Das fr. 30. §. 1. ad leg. Aquil. habe ich jedoch ſchon in meiner angeführten Abhandlung [1]) berückſichtigt, und es bleibt daher hier noch zu unterſuchen, inwiefern das fr. 23. §. 2. de inoff. test. der Anſicht, daß mit der Verjährung der Klage, abgeſehen von der Eigenthums- und Servitutenklage, nicht blos die Klage, ſondern das Recht ſelbſt, erloſchen ſey, entgegenſtehe. Die Stelle ſelbſt lautet folgendermaßen:

Paulus libro singulari de inofficioso testamento.

Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri accrescit. *Idemque erit et si tempore exclusus sit.*

Weil hier Paulus für den Fall, wo einer von mehreren Pflichttheils-Berechtigten ſeine Querel dadurch, daß er die für die Geltendmachung derſelben geſetzlich beſtimmte Zeit hatte ablaufen laſſen, eingebüßt hat, dieſelbe jure accrescendi noch den übrigen Pflichttheils-Berechtigten zu Statten kommen läßt, ſo folgert Mühlenbruch, daß durch die Verjährung nicht das Recht an ſich, ſondern nur die Möglichkeit der Klage für den ſäumigen Notherben ausgeſchloſſen werde, weil ſonſt von einem Anwachſungsrechte nach verjährter Querel nicht die Rede ſeyn könnte. Allein wir glauben, daß die angeführte Stelle gerade zu der entgegengeſetzten Schlußfolgerung berechtige; denn wie kann da, wo das Recht ſelbſt noch in der Perſon des bisher Berechtigten fortbeſteht, wenn ſich auch daſſelbe nicht zur Klage eignen ſollte, von einem Anwachſen deſſelben für andere Perſonen die Rede ſeyn? Damit ein Recht einem Andern als dem bisher Berechtigten zugeſprochen werden könne, muß es doch erſt in der Perſon des letzteren aufgehört haben zu exiſtiren, und demnach muß auch, wenn nach der Ver-

1) S. 45 — 48.

jährung der Querel in der Perſon des einen von mehreren Pflichttheils=Berechtigten, dieſelbe den übrigen zuwachſen ſoll, das Recht ſelbſt in der Perſon des tempore exclusus erloſchen ſeyn, weil ſonſt die Klage der übrigen weiter gehen würde als ihr Recht. Auch ſtellt ja Paulus den Fall, wo der eine Pflichttheils=Berechtigte durch den Ablauf der für die Geltendmachung ſeines Rechtes geſetzlich beſtimmten Zeit iſt ausgeſchloſſen worden, ganz gleich dem andern Falle, wo er auf ſeine Querel verzichtet hat, und in dieſem Falle wird doch Niemand ſagen wollen, er könne ſein Recht noch immer per modum exceptionis geltend machen.

In Beziehung auf meine Abhandlung über die Wirkung der Verjährung der Klagen bemerkt Roßhirt, daß ich zwar in Widerlegung der Argumente meiner Gegner geſchickt und glücklich verfahren, jedoch Manches einſeitig aufgefaßt hätte, wie namentlich die Behauptung: daß, ſo weit ſich die Lage des Berechtigten zur Klage eigne, ſie ſich nicht zu einer exceptio eigne, und umgekehrt [1]), für welche Ausſetzung er ſich auf die actio redhibitoria beruft, deren ſich der Käufer auch excipiendo bedienen könne, ſo daß hier ein Fall vorhanden ſey, wo ſich die Lage des Berechtigten gleichmäßig zur Klage und auch zur exceptio eigne.

Um hier Alles zu überſehen, müſſen wir die verſchiedenen möglichen Fälle ſondern:

1) Zunächſt kann auch hier der Fall vorkommen, wo die Lage des Käufers ſich blos zur Klage eignet, wie dies überall da eintritt, wo der Käufer von ſeiner Seite den Vertrag ſchon erfüllt, alſo das pretium bezahlt hat.

2) Hat er aber auch das pretium noch nicht bezahlt, ſo ſind wieder mehrere Fälle möglich. Er hat nämlich entweder:

1) Vergl. meine angeführte Abhandlung S. 8 — 21.

a) die erkaufte Sache wegen ihrer Fehler dem Verkäufer ſchon zurückgegeben, und dieſer hat dieſelbe angenommen. In dieſem Falle hat er eine exceptio in factum gegen die Klage des Verkäufers auf Auszahlung des Kaufpreiſes, wie er, im Falle er das pretium ſchon gezahlt hätte, eine actio in factum auf Reſtitution des gezahlten Preiſes haben würde, welche Rechtsmittel (Klage und Einrede) perpetuae ſind:

Ulpianus libro I. ad edictum Aedilium curulium.

In factum actio competit ad pretium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit. In qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit? sed hoc tantum, an sit redhibitum? Nec immerito; iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit recipiendo mancipium, esse id in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi, an non debuerit? Nec de tempore quaeritur, an intra tempora redhibitus videatur [1]).

Alfenus Varus libro II. digestorum.

Filiusfamilias peculiarem servum vendidit, et pretium stipulatus est; is homo redhibitus et postea mortuus est, et pater ejus pecuniam ab emtore petebat, quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse, in factum exceptionem eum objicere, quod pecunia ob hominem illum expromissa esset, qui redhibitus est [2]).

Paulus libro LXXI. ad edictum.

Si servus venierit ab eo, cui dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet etiam is qui vendidit, domino pretium solverit [3]).

---

1) fr. 31. §. 17. de aedil. edict. (21. 1.)

2) fr. 14. de except. (44. 1.)

3) fr. 5. §. 4. de doli mali except. (44 4.)

Oder

b) der Käufer war zwar mit dem Verkäufer über die Redhibition übereingekommen, allein er hatte die Sache noch nicht wirklich redhibirt. In dieſem Falle fand zwar nach Römiſchem Rechte auf Reſtitution des ſchon gezahlten Kaufgeldes keine Klage Statt, auch nicht die vorher bemerkte actio in factum [1]), weil eben ein nach Perfektion des Kontraktes abgeſchloſſenes pactum keine Klage begründete; allein wenn der Käufer noch nicht gezahlt hatte, und vom Verkäufer auf Zahlung des Kaufgeldes belangt wurde, ſo hatte er aus jener conventio die exceptio pacti conventi, als exceptio perpetua, während ihm bei uns auch eine actio ex pacto auf Reſtitution des ſchon gezahlten Kaufgeldes zuſteht.

Demnach bleibt nur noch der Fall übrig, wo

c) von dem bisher Bemerkten nichts geſchehen iſt, ſondern der Käufer, der das pretium noch nicht gezahlt hat, ſich, wegen Fehlerhaftigkeit der Sache, in der Lage befindet, Redhibition verlangen zu können. Auch hier müſſen wir wieder zwei Fälle ſondern:

α) Das für die redhibitio beſtimmte tempus (sex menses utiles) iſt noch nicht abgelaufen. Hier hat der Käufer jedenfalls die actio redhibitoria auf Auflöſung des Kaufs; allein er ſoll, wenn er vom Verkäufer auf Auszahlung des Kaufpreiſes belangt wird, auch eine exceptio haben:

Ulpianus libro LXXIV. ad edictum.

Cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est, venditorem pretium redhibendae rei consequi. §. 1. Si quis duos homines uno pretio emerit, et alter in ea causa sit, ut redhibeatur, deinde petatur pretium totum, exceptio erit objicienda; si tamen pars pretii petatur, magis dicetur non

1) fr. 31. §. 18. de aedil. edict. (21. 1.)

nocere exceptionem, niſi forte ea ſit cauſa, in qua propter alterius vitium utrumque mancipium redhibendum ſit [1]).

Dieſe exceptio, welche die Neueren exceptio redhibitoria [2]) nennen, denkt ſich nun Roßhirt nach Grund und Gegenſtand ganz zuſammenfallend mit der actio redhibitoria. Ich kann jedoch hiermit nicht übereinſtimmen; vielmehr iſt nach meiner Anſicht dieſe exceptio keine andere, als die exceptio retentionis oder doli generalis, gerichtet auf Schützung gegen die Klage auf Auszahlung des Kaufpreiſes, aus dem Grunde, weil der Käufer Auflöſung des Kaufes, wegen der an der Sache ſich findenden Fehler, verlangen könne. Es hängt alſo die Wirkſamkeit jener exceptio von der Entſcheidung der Incidentfrage: ob Auflöſung des Kaufes zuläſſig ſey, ab, und inſofern führt hier der Käufer ſeine actio redhibitoria in modum contradictionis ein, gerade wie der Pflichttheils-Berechtigte, wenn er ſich im Beſitze der Erbſchaft befindet, gegen die hereditatis petitio des Teſtaments-Erben, ſeine querela inofficioſi teſtamenti auf dieſe Weiſe einführt:

Ulpianus libro XIV. ad edictum.

Si filius exheredatus in poſſeſſione ſit hereditatis, ſcriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducet, quemadmodum ageret ſi non poſſideret ſed peteret [3]).

Hiernach verſteht es ſich auch von ſelbſt, daß

β) nach dem Ablaufe des tempus redhibitionis die actio redhibitoria auch nicht mehr in modum contradictionis ein-

---

1) fr. 59. de aedil. edicto. (21. 1.)

2) Vergl. Geſterding, in Linde's Zeitſchrift. Bd. VI. Heft 1. S. 27.

3) fr. 8. §. 13. de inoff. teſtam. (5. 2.)

geführt, alſo nicht mehr zur Begründung der exceptio gegen die Klage auf Auszahlung des Kaufpreiſes gebraucht werden könne; denn eine Klage, die man nicht mehr hat, kann auch nicht in modum contradictionis eingeführt werden. Ganz dieſelben Grundſätze müſſen bei der querela inofficiosi testamenti entſcheiden, wonach wir denn auch nicht, mit Unterholzner [1]), Francke [2]) und Mühlenbruch [3]), dem ſich im Beſitze befindenden Pflichttheils-Berechtigten noch nach verjährtem Querelrechte eine exceptio geſtatten können.

Hierdurch hoffen wir die Richtigkeit des von uns aufgeſtellten Satzes: daß aus demſelben Grunde und auf denſelben Gegenſtand gerichtet, Klage und Einrede niemals gleichzeitig derſelben Perſon zuſtehen könnten, noch weiter nachgewieſen, und gegen die bemerkte Einwendung Roßhirt's gerechtfertigt zu haben. Auch haben wir ſchon an einem andern Orte [4]) nachgewieſen, daß von der Verjährung der Eigenthums- und Servituten-Klage durchaus kein Schluß auf die Klage aus Obligations-Verhältniſſen zuläſſig ſey, und ſind demnach fortwährend der Anſicht, daß mit der Verjährung der Klage aus Obligations-Verhältniſſen, das ganze Recht des Gläubigers gegen den Schuldner erloſchen ſey.

1) Verjährungslehre. Bd. II. S. 28.

2) Notherbenrecht. S. 314.

3) In Glück's Comment. Bd. XXXV. S. 463.

4) Vergl. meine Abhandlung über die Natur des Pfandrechts. Nro. III. S. 24 — 26. und Nro. IX.

Druckfehler.

Seite 8. Zeile 12. von oben ſtatt jenes leſe ſeines.
— 9. — 4. von unten ſt. ſie l. er.
— 15. — 5. von oben ſt. Grnnde l. Grunde.
— 22. — 2. von unten ſt. Emphytenta l. Emphyteuta.
— 34. — 9. von oben ſt. mehmen l. men.
— 41. — 18. der Note ſt. gerichtl. l. geſchichtl.
— 97. — 12. der Note ſt. Wenning l. Wening.